

Utvisning av mor eller far – hva med barnet?

Kandidatnummer: 644

Leveringsfrist: 25. april kl. 12.00

Antall ord: 17894



Innholdsfortegnelse

1	INNLEDNING.....	1
1.1	Problemstillingen	1
1.2	Aktualitet.....	1
1.3	Avgrensninger.....	1
1.3.1	Bortvisning	1
1.3.2	Ektefelle, øvrige familiemedlemmer	2
1.3.3	EØS-borgere	2
1.3.4	Avslag på søknader.....	2
1.4	Definisjon av sentrale begreper.....	2
1.4.1	Utlending	2
1.4.2	Utvvisning	2
1.5	Utvvisning og forbudet mot dobbeltstraff.....	3
1.6	Oppgavens oppbygning.....	3
2	RETTSKILDER.....	4
2.1	Utlendingsloven	4
2.2	Utlendingsforskriften	4
2.3	Forarbeider til utlendingsloven	5
2.4	Internasjonale kilder.....	5
2.4.1	Barnekonvensjonen	5
2.4.2	Uttalelser fra FNs barnekomite.....	5
2.4.3	Den europeiske menneskerettskonvensjonen	6
2.4.4	Den europeiske menneskerettsdomstol	6
2.4.5	Forholdet mellom EMK art.8, BK art.3, Grl.§§102 og 104	7
2.5	Rettspraksis	7
2.6	Forvaltningspraksis	7
2.6.1	Utlendingsdirektoratet	8
2.6.2	Utlendingsnemnda	8
3	EMK ARTIKKEL 8 OG GRL.§102.....	8
4	TILBAKEKALL	10
4.1	Forholdet mellom tilbakekall og midlertidige/permanente oppholdstillatelser	12
5	OBJEKTIVE VILKÅR FOR UTVISNING	13
5.1	Fakultativ utvisningsadgang	13

5.2	Differensiering etter strafferamme og type oppholdstillatelse.....	13
5.3	Straff som vilkår for utvisningsadgangen	14
5.4	De skjønsmessige vilkårene i utl.§66.....	15
5.5	Utlendingsloven § 69 – absolutt vern mot utvisning	17
5.5.1	De facto utvisning av barn.....	18
5.5.2	Absolutt vern mot utsendelse	18
5.6	Utvisningens virkning og varighet.....	19
5.7	Prosessuell vedtakskompetanse	23
6	FORHOLDSMESSIGHETSVURDERINGEN – UTLENDINGSLOVEN § 70....	23
6.1	Utvisning som en egnet reaksjon	23
6.2	Minste inngreps prinsipp.....	23
6.3	Forholdets alvor	24
6.3.1	Strafferammene	24
6.3.2	Faktisk ilagt straff.....	24
6.3.3	Tidsmomentet	24
6.3.4	Gjentakelsesfare.....	25
6.3.5	Konsekvensene av lovbruddet.....	25
6.3.6	God tro	25
6.3.7	Om utlendingsmyndighetenes arbeid er blitt vanskeliggjort.....	26
6.3.8	Kriminalitetens art	26
6.3.9	Oppsummering	28
6.4	Behovet for utvisning veid opp mot inngrepets styrke	28
6.4.1	Motstående hensyn	29
6.4.2	Momenter i vurderingen av utlendingens tilknytning til riket.....	29
7	BARNETS BESTE.....	31
7.1	Definisjon av barnets beste	31
7.2	Betydningen av barnets beste standarden i norsk rett.....	31
7.3	Forholdsmessig tiltak overfor barn	32
7.3.1	Momenter i vurderingen	32
7.3.2	To hovedalternativer.....	34
7.3.3	Barna kan enten følge med eller bli igjen.....	38
7.3.4	Betydningen av at familielivet ble etablert på et tidspunkt da oppholdsstatusen var usikker.	38
7.3.5	Utlendingen har begått svært alvorlige forbrytelser.	39
7.3.6	Innreiseforbudets varighet	41
7.3.7	Ulovlig arbeid og opphold av under to års varighet	41
7.4	Skjerpet minste inngreps prinsipp.....	44

8	SÆRLIGE PROSESSUELLE RETTIGHETER FOR BARN I	
	UTVISNINGSSAKEN	45
8.1	Retten til å være part	45
8.2	Retten til å bli hørt	47
8.3	Forvaltningens utredningsplikt	47
9	UTVISNING AV ENSLIGE MINDREÅRIGE.....	47
10	OPPSUMMERING	49
11	LITTERATURLISTE	52
11.1	Lover og forarbeider	52
11.2	Rettspraksis	52
11.3	Litteratur.....	53
11.4	Andre kilder	54

1 Innledning

1.1 Problemstillingen

Problemstillingen for denne oppgaven omhandler utvisning av utlendinger med barn i Norge. Hovedsakelig vil drøftelsen dreie seg om rettskildene som gjelder i utvisningssaker, og hvordan hensynet til berørte barn i slike saker vurderes i norsk rett. Temaet ligger innenfor rettsområdet utlendingsrett, og krysses av internasjonale menneskerettigheter.

1.2 Aktualitet

Utvisning er et mye omdiskutert tema. Mange av sakene har blitt mye omtalt i media den senere tiden, og det er sterke hensyn og meninger på begge sider. Særlig gjelder dette saker der det er barn med i bildet. Grunnen til dette er nok at barna ikke har gjort noe ulovlig, men de blir allikevel berørt av konsekvensene rettet mot de voksne. Man kan være enig i at dette er lite ønskelig, og samtidig være enig i at brudd på norske regler må få konsekvenser. Uenigheten oppstår ved vurderingen av hva som er viktigst.

Ifølge UDI sine statistikker¹ ble totalt 5295 utlendinger utvist fra Norge i 2014. Av disse var 1398 saker omfattet av regelverket for EØS-borgere, som ikke behandles i denne oppgaven. Dette innebærer at det var 3897 utvisningssaker for tredjelandsborgere. Dette tallet sier imidlertid ingenting om hvor mange barn som ble rammet som følge av vedtakene. Dette er i en rapport av barneombudet påpekt som en mangel ved den statistikk som føres².

1.3 Avgrensninger

1.3.1 Bortvisning

Utvisning må for det første holdes adskilt fra bortvisning jf. utl.§17, hvilket er en mildere reaksjonsform. Bortvisning er også en forvaltningsreaksjon der individet må forlate landet. Forskjellen ligger i at ved en bortvisning ilegges ikke innreiseforbud. Teoretisk sett kan personen reise tilbake dagen etter³.

¹ Utlendingsdirektoratet (2014)

² Barneombudet (2011)

³ NOU 2004:20 s. 297

1.3.2 Ektefelle, øvrige familiemedlemmer

I saker angående utvisning skal det foretas en forholdsmessighetsvurdering. Dette gjelder både for individet som vurderes utvist, og for eventuelle nære familiemedlemmer. Denne oppgaven fokuserer på forholdsmessigheten i forhold til barn av individer som vurderes utvist, og vil derfor ikke ta for seg om et utvisningsvedtak er forholdsmessig i forhold til en ektefelle eller andre familiemedlemmer.

1.3.3 EØS-borgere

Det gjelder særlige regler for utlendinger som omfattes av EØS-avtalen og EFTA-konvensjonen jf. utl. kapittel 13. Disse vil ikke bli behandlet i denne oppgaven.

1.3.4 Avslag på søknader

Utvisning må holdes atskilt fra de tilfellene der utlendingen får avslag på søknad om for eksempel asyl, eller opphold på humanitært grunnlag. Slike avslag konstaterer at utlendingen ikke oppfyller vilkårene for en slik tillatelse, men innebærer ikke noe innreiseforbud eller noe vedtak om utvisning. Der utvisning er en reaksjon mot overtredelser, inneholder ikke avslag på søknader noe om dette. Felles er imidlertid at begge vedtak kan medføre at utlendingen blir uttransportert fra Norge med tvang. Dersom utlendingen som får avslag på opphold ikke innretter seg etter dette og reiser fra Norge, kan utvisning så anvendes mot det etterfølgende ulovlige oppholdet og eventuelle andre overtredelser.

1.4 Definisjon av sentrale begreper

1.4.1 Utlending

Med utlending menes «enhver som ikke er norsk statsborger» jf. utl.§5 første ledd. Dette inkluderer også mindreårige, barn under 18 år jf. vergemålsloven §8.

1.4.2 Utvisning

Utvisning er den mest inngripende forvaltningssanksjon etter utlendingsloven. Et vedtak om utvisning betyr at utlendingen får en plikt til å forlate Norge, samt innreiseforbud. Innreiseforbudet kan være tidsbestemt eller varig⁴. Utlendingen har ikke mulighet til lovlig innreise i

⁴ Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) s. 280

Norge i den tidsperiode innreiseforbudet varer, heller ikke for kortere besøk eller ferier⁵. Utvisningen følger av at utlendingen har brutt bestemmelser etter utlendingsloven, eller har begått straffbare forhold. I forarbeidene er dette formulert som «en konstatering av at de vilkår som er stilt for oppholdet i landet, ikke lenger er oppfylt»⁶.

Dersom man utvises fra Norge, vil man også kunne utvises fra hele Schengen-området jf. lov om Schengen informasjonssystem (SIS-loven) 16. juli nr.66 § 7.

1.5 Utvisning og forbudet mot dobbeltstraff

Utvisning er som nevnt en forvaltningsreaksjon. Formålet med den er ikke å straffe eller gjengjelde overfor de handlinger som er begått. Dette på tross av at det ofte kan oppleves som straff for den som blir utvist. Siden norske statsborgere ikke kan utvises jf. utl. §69, medfører dette at utlendinger som begår straffbare handlinger i Norge, må tåle en ekstra reaksjon i forhold til hva norske statsborgere må tåle ved de samme handlinger.

En problemstilling blir da om utvisning vil være i strid med forbudet mot dobbeltstraff i EMK tilleggsprotokoll 7 art. 4 jf. EMK art. 6 nr. 1.

I forbindelse med utarbeidelsen av den nye utlendingsloven ble dette spørsmålet behandlet⁷. Det ble erkjent at utvisning har mange likhetstrekk med straff. Under henvisning til EMD sin dom i saken Maaouia mot Frankrike og Grl.§96 ble det allikevel konkludert med at utvisning ikke var å anse som straff, og at det heller ikke var ønskelig å endre dette i nasjonal rett. Dette ble begrunnet blant annet ut fra prosessøkonomiske hensyn.

Dette innebærer at en utlending kan besluttes utvist, selv om utlendingen også blir straffet for handlingene. Dette gjelder også for barn og ungdom jf. «enhver» i utl.§5 første ledd.

1.6 Oppgavens oppbygning

Interessen vil konsentreres om de ulike bestemmelser og vurderinger som må foretas i hver enkelt sak der barn er involvert. Av hensyn til å vise sammenhengen i regelverket går jeg gjennom de objektive vilkårene for utvisning. Forholdsmessighetsvurderingen hva angår utlendingen selv vil jeg i svært begrenset grad gå inn på. Begrunnelsen for dette er at forholds-

⁵ Øyen (2013) s.364

⁶ Ot.prp.nr 75 (2006-2007) s. 288, avsnitt 15.6.1

⁷ Ot.prp. nr.75 (2006-2007) s. 288 avsnitt 15.6.1

messighetsvurderingen i forhold til utlendingen selv og barna, vil være relativt like. I begge tilfeller skal forholdets alvor veies mot de belastninger utvisningsvedtaket vil medføre. Det er noen momenter som vil gjøre seg gjeldende overfor voksne, men som ikke er like relevante for barn. Disse vil jeg komme inn på underveis. Utover dette ligger forskjellen gjerne i at det kreves mer for å si at en utvisning er uforholdsmessig overfor den som faktisk har overtrådt reglene, enn det vil for barn, som ikke har gjort noe for å bidra til situasjonen. I de tilfellene en utvisning finnes forholdsmessig i forhold til barna, vil det derfor vanskelig kunne tenkes situasjoner der utvisningen allikevel vurderes å være uforholdsmessig overfor utlendingen selv. Svært spesielle tilfeller kan imidlertid forekomme. Tilbakekall av tillatelser vil også bli kort behandlet, idet denne reaksjonen gjerne blir anvendt i tillegg til utvisningen. Til slutt skal utvisning av mindreårige drøftes.

2 Rettskilder

I dette kapittelet vil jeg kort gjøre rede for de mest sentrale kildene på utlendingsrettens område, i tillegg til noen av de mer særegne for min problemstilling.

2.1 Utlendingsloven

Den sentrale kilden er lov om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsloven) av 15. mai 2008 nr. 35.

Lovens formål er etter utl. §1 første ledd, regulering og kontroll med inn- og utreise, samt utlendingers opphold i Norge. Dette skal skje i samsvar med norsk innvandringspolitikk og våre internasjonale forpliktelser. Videre skal loven legge til rette for lovlig bevegelse over landegrensene, og ivareta utlendingers rettssikkerhet, jf. utl. §1 annet ledd. Til slutt skal loven gi grunnlag for vern av utlendinger med krav på beskyttelse jf. utl. §1 tredje ledd.

Loven skal anvendes i samsvar med internasjonale regler som Norge er bundet av, når disse har som formål å styrke individets stilling, jf. utl. §3. I forhold til den problemstilling denne oppgaven tar for seg, er det særlig barnekonvensjonen og EMK som er aktuelle. Disse vil det bli redegjort for nedenfor.

2.2 Utlendingsforskriften

Utlendingsforskriften av 15. oktober 2009 nr. 1286 utfyller utlendingslovens bestemmelser og inneholder mer detaljerte regler⁸. For å få et fullstendig bilde av rettsreglene er det derfor nødvendig å anvende både lov og forskrift sammen.

2.3 Forarbeider til utlendingsloven

Utlendingsloven er en relativt ny lov og har omfattende forarbeider som gir veiledning til forståelsen av loven. Disse har vært av sentral betydning i arbeidet med oppgavens problemstilling. Særlig gjelder dette Ot.prp. nr.75 (2006-2007).

2.4 Internasjonale kilder

Utlendingsretten krysses som tidligere nevnt av internasjonale kilder. De viktigste for denne oppgavens problemstilling vil nå bli presentert.

2.4.1 Barnekonvensjonen

De forente nasjoners internasjonale konvensjon av 20. november 1989 om barnets rettigheter (Barnekonvensjonen) er gjort til norsk rett ved mrkl.§2, og gitt forrang ved motstrid jf. mrkl.§3. Den har tilslutning fra nesten alle medlemsstatene, og inneholder bestemmelser spesielt for barn. Dette gjør den til en naturlig kilde for alle problemstillinger som berører barn. For denne oppgaven er det særlig bestemmelsen i art.3 om «barnets beste» som kommer til anvendelse.

2.4.2 Uttalelser fra FNs barnekomite

Det er særlig «Generell kommentar nr.14 (2013) om barnets rett til at hans eller hennes beste skal være et grunnleggende hensyn (art.3 nr.1) som er av betydning for denne oppgavens problemstilling. Kommentaren er ikke bindende for norsk rett, men inneholder en del informasjon som er klargjørende for innholdet i prinsippet om «barnets beste». Komiteen er ansvarlig for å tolke barnekonvensjonens bestemmelser. Formålet med kommentaren er å «styrke forståelsen og anvendelsen av barns rett til å få vurdert sitt beste og at det gjøres til et grunnleggende hensyn»⁹. Høyesterett uttalte i Rt.2015 s.93 (Maria-saken)¹⁰ at den vil være «et naturlig utgangspunkt ved tolkningen av artikkel 3 nr.1 – og dermed også ved tolkningen av Grunnloven §104 annet ledd».

⁸ Øyen (2014) s.31

⁹ FNs barnekomite generell kommentar nr.14 (2013a) s.5 punkt 12

¹⁰ Rt.2015 s.93, avsnitt 64

2.4.3 Den europeiske menneskerettskonvensjonen

I saker der en utlending med barn i Norge blir utvist, vil det kunne være mulig å bringe saken inn for EMD for brudd på EMK art. 8, retten til familieliv. Det er normalt denne bestemmelsen stater blir anklaget for å ha forbrutt seg mot¹¹. Vurderingene etter utlendingsloven og EMK art.8 er svært like. Dersom en utvisning ikke er forholdsmessig i forhold til utlendingens barn, eller i forhold til barnet selv (der det er snakk om utvisning av enslige mindreårige), vil Norge kunne bli dømt for menneskerettighetsbrudd etter EMK art.8, retten til respekt for sitt familieliv og sitt privatliv. Retten til familieliv og privatliv er to separate rettigheter. Retten til familieliv omhandler relasjoner til og mellom familiemedlemmer. Retten til privatliv inkluderer blant annet den fysiske og psykiske integritet, individets identitet og den personlige autonomi jf. Rt.2015 s. 206 avsnitt 58 (Maria-saken). Denne saken hadde problemstillinger knyttet til begge variantene. Dersom utvisningsvedtaket mot moren var gyldig, ville datteren enten miste kontakten med moren, hvilket ville utgjøre et inngrep i datterens rett til familieliv med moren, eller hun ville for en lang periode miste sin tilknytning til Norge, som hun hadde rett til å ha gjennom sitt statsborgerskap. Sistnevnte ville utgjøre et inngrep i datterens rett til privatliv¹². Vi ser av dette at statsborgerskap er en viktig del av en persons identitet.

Norske beslutningstakere må avgjøre om utvisningsvedtaket er forholdsmessig etter utl. §70. De internasjonale domstolene vurderer imidlertid ikke direkte om et vedtak er forholdsmessig, idet deres vurderingstema er om vedtaket innebærer et brudd på de aktuelle menneskerettsbestemmelser.

2.4.4 Den europeiske menneskerettsdomstol

Det er Den Europeiske Menneskerettsdomstol (EMD) som har ansvar for å dømme i saker der stater blir anklaget for brudd på EMK. Det er individklagerett, og et individ som mener at en stat har krenket dets rettigheter etter konvensjonen, kan anlegge sak ved EMD. Vilkåret er at alle nasjonale rettsmidler er uttømt jf. EMK art.35 første ledd. Norge har ved flere anledninger blitt klaget inn for EMD, og også tapt en rekke saker. Dette gjelder blant annet saken *Nunez v. Norway*, *Butt v. Norway* og *Kaplan and others v. Norway*. Relevant for denne oppgaven er sakene der et vedtak om utvisning blir anført som brudd på EMK art.8 om retten til fami-

¹¹ F.eks *Nunez v. Norway* og *Antwi and others v. Norway*

¹² Rt.2015 s.93, avsnitt 70

lie,- og privatliv. Ettersom EMK er gjort til norsk rett ved mrkl.§2, vil denne praksisen være relevant ved tolkningen også for norske avgjørelser.

2.4.5 Forholdet mellom EMK art.8, BK art.3, Grl.§§102 og 104

Problemstillingen i dette kapittelet knytter seg til de nye bestemmelsene i grl.§102 og grl.§104. Spørsmålet er hvilken endring dette medfører for rettskildebildet.

De nye grunnlovsbestemmelsene er laget etter mønster fra de internasjonale bestemmelsene¹³. Formålet med å ta dem inn i Grunnloven var å markere dem symbolsk og politisk, og få økt fokus på disse rettighetene¹⁴.

Det er imidlertid en forskjell når det kommer til domstolene. Det er EMD som danner mønster for avgjørelser etter EMK og andre internasjonale konvensjoner. Men selv om bestemmelsene i Grunnloven og EMK er svært like, er det Høyesterett som har det siste ordet hva angår Norges grunnlovsbestemmelser jf. grl.§88. Dette innebærer at der det oppstår en tolkningskonflikt mellom EMK og Grunnloven, må man legge den tolkning til grunn som er valgt av Høyesterett. Innføringen av disse bestemmelsene har altså endret litt på hvem som har det siste ordet i norsk rett hva angår tolkningen av retten til respekt for sitt familie,- og privatliv, samt «barnets beste» standarden. Høyesterett vil nok imidlertid forsøke å unngå slik tolkningskonflikt.

2.5 Rettspraksis

Det finnes mye rettspraksis angående utvisning, både på nasjonalt plan og fra EMD. Mye av denne praksisen er fra tiden før den nye utlendingsloven trådte i kraft. Endringene i bestemmelsene om utvisning var imidlertid ikke ment å innebære noen realitetsendring, og praksis etter den gamle loven, vil fortsatt være anvendelig¹⁵.

Den 29. januar 2015 kom den nyeste dommen hittil fra Høyesterett på utvisningens område jf. Rt.2015 s.93 (Maria-saken). Betydningen av dommen vil jeg komme tilbake til flere steder i denne oppgaven.

2.6 Forvaltningspraksis

¹³ Rt.2015 s.93, avsnitt 60

¹⁴ Rt.2015 s.93, avsnitt 62

¹⁵ Ot.prp.nr.75 (2006-2007) kapittel 21

2.6.1 Utlendingsdirektoratet

Utlendingsdirektoratet (UDI) avgjør saker etter utlendingsloven i første instans jf. utl.§76 første ledd.

2.6.2 Utlendingsnemnda

Utlendingsnemnda (UNE) er et uavhengig organ som behandler klager over vedtak truffet i UDI jf. utl.§76 første ledd jf. utl.§77 første ledd. Vedtak truffet av UNE kan ikke påklages jf. fvl.§28 tredje ledd.

UNE er et uavhengig forvaltningsorgan og departementets instruksjonsmyndighet kan ikke gjøres gjeldende jf. utl.§76 annet ledd. Dette gjelder både hva angår vedtak i enkeltsaker, lovtolkning og skjønnsutøvelse. Dette innebærer at de rundskriv som benyttes som tolkningsmomenter, ikke er bindende for UNE sin praksis.

3 **EMK artikkel 8 og grl.§102**

I 2014 kom det en ny bestemmelse i grunnloven, grl.§102. Den lyder:

«Enhver har rett til respekt for sitt privatliv og familieliv, sitt hjem og sin kommunikasjon. Husransakelse må ikke finne sted, unntatt i kriminelle tilfeller.

Statens myndigheter skal sikre et vern om den personlige integritet».

Grl.§102 er dannet etter mønster av EMK art.8, og tolkninger av den bestemmelsen vil også være anvendelig på grl.§102. Dette er uttrykt blant annet i Rt.2015 s.93 avsnitt 57, og ved henvisning til EMK art.8 i fotnote i selve grunnlovsbestemmelsen.

EMK art.8 er også inkorporert som norsk rett ved menneskerettsloven av 21. mai 1999 nr.30 §2 og er gitt forrang fremfor annen lovgivning ved motstrid jf. §3. Bestemmelsen lyder som følger i norsk oversettelse:

1. «Enhver har rett til respekt for sitt privatliv og familieliv, sitt hjem og sin korrespondanse.
2. Det skal ikke skje noe inngrep av offentlig myndighet i utøvelsen av denne rettighet unntatt når dette er i samsvar med loven og er nødvendig i et demokratisk samfunn av hensyn til den nasjonale sikkerhet, offentlige trygghet eller landets økonomiske velferd, for å forebygge uorden eller kriminalitet, for å beskytte helse eller moral, eller for å beskytte andres rettigheter og friheter».

At barn også er omfattet av bestemmelsen følger av EMK art.8 første ledd som sier at «enhver» har rett til respekt for sitt familie,- og privatliv. Samme ordlyd er valgt i grl.§102 første ledd. Bestemmelsen gjelder heller ikke bare den som direkte rammes av et vedtak, men også de som indirekte blir berørt av vedtaket ved at det griper inn i deres familieliv eller privatliv¹⁶.

Grl.§102 første ledd inneholder ingen unntakshjemmel for inngrep i retten til respekt for sitt privatliv og familieliv. Den neste problemstillingen blir da om det i det hele tatt er tillatt å gjøre inngrep i rettighetene.

Dette spørsmålet var oppe i Rt.2015 s.93. Dommeren slår i avsnitt 60 fast at vernet etter grl.§102 ikke er absolutt, og at det vil være mulig å foreta inngrep der dette er i overensstemmelse med unntakshjemmelen etter EMK art.8 nr.2. Utvisning vil være et slikt inngrep.

EMK art.8 nr.2 oppstiller tre vilkår for inngrep, i denne oppgaven utvisning.

For det første kreves hjemmel i lov. Dette kreves uansett av det norske legalitetsprinsippet. Den norske varianten er nok strengere, ettersom EMK må ta hensyn til ulike «lov» begreper hos de forskjellige medlemsstatene. Der legalitetsprinsippet krever hjemmel i formell lov for å kunne gjøre inngrep i en persons rettssfare, vil det kunne være tilstrekkelig med for eksempel sedvanerett etter andre lands rettssystemer. Det avgjørende er at bestemmelsen er tilstrekkelig klar og tydelig. For utvisning vil utl.§§66-68 oppfylle dette vilkåret.

For det andre må inngrepet være nødvendig i et demokratisk samfunn. Kravet til at utvisningen må være «nødvendig» er i stor grad sammenfallende med den forholdsmessighetsvurdering som skal foretas etter utl.§70. Men statene har en «margin of appreciation» innen grensene for EMK art.8¹⁷. Dette innebærer at der statene har foretatt en samvittighetsfull avveining der alle relevante hensyn er tillagt tilstrekkelig vekt, vil EMD være tilbakeholdne med å overprøve den konkrete avveiningen. Statene har med andre ord litt spillerom i forhold til hvilke hensyn som skal veie tyngst innenfor sine nasjonale rettssystemer. Spørsmålet om når en utvisning er nødvendig vil jeg komme nærmere inn på senere i oppgaven.

For det tredje må inngrepet forfølge et bestemt formål. EMK art.8 nr.2 ramser opp en rekke formål som vil kunne anvendes. Bestemmelsen må på dette punkt ansees for uttømmende. Det vil si at dersom utvisningen ikke er nødvendig ut fra ett av de gitte formål, vil den ikke være i samsvar med loven og dermed ugyldig. Dette vilkåret er normalt oppfylt idet grunnlaget for

¹⁶ Grl. §104 annet ledd, «vedkjem»

¹⁷ Nunez vs. Norway avsnitt 68, Darren Omoregie and others vs. Norway avsnitt 57 m.fl.

utvisningen vil være basert på overtredelser av norsk lov, enten administrative bestemmelser eller strafferettslige. Utvisningen vil medføre at personen ikke lenger får oppholde seg i Norge. Hensynet bak vil være å forhindre ytterligere overtredelser, og vil da gjerne falle inn under kategorien forebygge «uorden eller kriminalitet». Naturligvis vil det kunne tenkes tilfeller der også de andre alternativene vil kunne anvendes.

4 Tilbakekall

Med tilbakekall menes den muligheten utlendingsmyndighetene har til å trekke midlertidige og permanente oppholdstillatelser tilbake jf. utl.§63. Dette gjelder også for statsborgerskap jf. statsborgerloven §26.

Et tilbakekall av en oppholdstillatelse medfører at utlendingen ikke lenger har lovlig opphold i Norge, og derfor plikt til å forlate landet. Den har derfor de samme virkninger som en utvisning. Det er hevdet i litteraturen¹⁸ at det derfor ikke vil være nødvendig å fatte et eget vedtak om tilbakekall av oppholdstillatelse i de tilfeller der utvisning er aktuelt. Hva angår utvisning begrunnet i straffbare forhold er dette riktig. Men for tillatelser etter utl.§67 og §68, gitt med bakgrunn i for eksempel uriktige opplysninger vil det være nødvendig å først kalle tilbake tillatelsen¹⁹.

Før prosessen med å vurdere et tilbakekall settes i gang, må det sendes et forhåndsvarsel etter fvl.§16.

Adgangen til å tilbakekalle tillatelser reguleres av utl.§63.

Både midlertidige og permanente oppholdstillatelser kan senere tilbakekalles, jf.utl.§63 første ledd.

Denne adgangen er fakultativ jf. «kan» i utl.§63 første og annet ledd.

For å kunne tilbakekalle en oppholdstillatelse kreves at utlendingen «mot bedre vitende har gitt uriktige opplysninger eller fortiet forhold av vesentlig betydning for vedtaket».

Ordlyden «mot bedre vitende» innebærer at utlendingen må ha vært klar over at de opplysningene han ga var uriktige, eller at han holdt tilbake viktige opplysninger. Det kan her være

¹⁸ Vevstad (2010) s. 412

¹⁹ Se nedenfor kapittel 4.1

naturlig å tolke begrepet på samme måte som i utl.§66 første ledd bokstav a. Der kreves det forsett eller grov uaktsomhet hos utlendingen når han har gitt uriktige opplysninger. Dersom utlendingen var i god tro angående opplysningene, eller kun uaktsom, er ikke vilkåret oppfylt, og hans tillatelse kan da ikke tilbakekalles.

«Uriktige opplysninger» innebærer at den informasjon utlendingen gir, ikke stemmer overens med virkeligheten. Dette kan for eksempel være at utlendingen oppgir en falsk identitet eller oppgir et annet opprinnelsesland enn det korrekte²⁰.

Dersom alle opplysninger utlendingen har gitt er korrekte, kan han allikevel få sin tillatelse tilbakekalt dersom han «fortiet forhold av vesentlig betydning». Dette vilkåret er todelt. For det første må utlendingen ha holdt tilbake opplysninger jf. «fortiet». Videre må opplysningene som er holdt tilbake være av «vesentlig betydning for vedtaket». Ordlyden hentyder til en høy terskel. En tillatelse kan ikke tilbakekalles med bakgrunn i at utlendingen har holdt tilbake bagatellmessige opplysninger, eller opplysninger som i mindre grad ville hatt betydning dersom myndighetene hadde fått dem. Opplysningene må ha hatt en «vesentlig» virkning for det vedtak som er fattet. Det vil også være av betydning hva slags tillatelse det er snakk om. Opplysninger som er vesentlige for en tillatelse for familiegjenforening, trenger ikke være vesentlige dersom man søker om en tillatelse til arbeid eller studier. Dette kan for eksempel være tilfelle ved omgåelsesekteskap.

Til slutt i utl.§63 første ledd oppstilles enda en mulighet. En tillatelse kan tilbakekalles dersom det for øvrig følger av alminnelige forvaltningsrettslige regler²¹.

Utl.§63 annet ledd muliggjør tilbakekall av oppholdstillatelse der en utlending er besluttet sendt ut fra et Schengenland. Bakgrunnen for dette er Schengen samarbeidet om opphevelse av intern grensekontroll for borgere av medlemslandene, nærmere bestemt rådsdirektiv 2001/40 om gjensidig anerkjennelse av beslutninger om utsendelse av tredjelandsborgere²². Formålet med bestemmelsen er å forhindre at en utlending som bortvises/utvises fra et schengenland kan unndra seg effekten av dette ved å flytte til et annet schengenland²³. Dette ville ikke være i god overensstemmelse med selve grunnlaget for samarbeidet.

Det er to vilkår som må være oppfylt for å kunne tilbakekalle tillatelser på dette grunnlaget.

²⁰ Øyen (2013) s. 171

²¹ Vevstad (2010) s.409.

²² Øyen (2013) s. 172

²³ Øyen (2013) s.172.

For det første kan ikke utlendingen være borger av et Schengenland jf. utl.§63 annet ledd første setning.

For det andre kreves det at grunnlaget for vurderingen av utsendelsen, kunne medført utvisning fra Norge av hensyn til grunnleggende nasjonale interesser etter utl.§67 første ledd bokstav e eller utl.§68 første ledd bokstav d, jf. utl.§63 annet ledd siste setning.

Felles for utl.§67 første ledd bokstav e og utl.§68 første ledd bokstav d, er at de muliggjør utvisning dersom det er «nødvendig» ut fra «grunnleggende nasjonale interesser».

«Grunnleggende nasjonale interesser» er et skjønnsmessig begrep, og det vil kunne variere over tid og med de konkrete omstendigheter hva som ligger i det. I instruks²⁴ gitt i medhold av utl.§76 jf.§128 redegjøres det nærmere for hva som kreves. «Grunnleggende nasjonale interesser» erstattet begrepene «rikets sikkerhet» og «tvingende samfunnsmessige hensyn» i den tidligere utlendingsloven av 1988. Noen eksempler som nevnes er blant annet spionasje, sabotasje, og mistanke om terrorvirksomhet²⁵. Ordlyden og eksemplene sammenholdt med de begreper «grunnleggende nasjonale interesser» erstattet, viser at det er snakk om svært alvorlige forhold.

Det stilles altså høye krav for at en utlending med oppholdstillatelse i Norge, skal få denne tilbakekalt med grunnlag i denne bestemmelsen.

4.1 Forholdet mellom tilbakekall og midlertidige/permanente oppholdstillatelser

Forarbeidene²⁶ påpeker et viktig område for tilbakekall. Spørsmålet kom opp i forbindelse med de objektive vilkårene for utvisning ved midlertidige og permanente oppholdstillatelser. Problemet bestod i at utledninger med slike tillatelser ikke kunne utvises med den begrunnelse at de hadde gitt uriktige eller villedende opplysninger, eller fortiet vesentlige opplysninger. De hadde med andre ord fått en tillatelse de ikke skulle hatt ved å bryte utlendingsloven.

Verken utl.§67 om midlertidige tillatelser, eller utl.§68 om permanente tillatelser, gir grunnlag for å utvise en utlending på det grunnlag alene at han har gitt uriktige opplysninger. Overtredelsene må etter disse bestemmelsene ha en strafferamme på henholdsvis ett og to år. Strafferammen for å gi vesentlig uriktige eller åpenbart villedende opplysninger er etter utl.§108

²⁴ Rundskriv GI-02/2014, 12.03.2014

²⁵ Rundskriv GI-02/2014, 12.03.2014, punkt 2

²⁶ Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) s.290

annet ledd bokstav c på seks måneder. Dette er altså ikke høy nok strafferamme til at forholdene alene kan danne grunnlag for utvisning.

Her kommer muligheten for tilbakekall inn som en viktig løsning. Selv om utlendingen ikke kan utvises etter utl.§67 eller utl.§68, kan oppholdstillatelsen tilbakekalles med grunnlag i uriktige og fortiede opplysninger. Dette innebærer, på lik linje med utvisning, at utlendingen ikke lenger har lovlig opphold i Norge, og må forlate landet. Dersom denne plikten ikke overholdes kan utlendingen utvises.

Forholdsmessighetsvurdering:

Dersom vilkårene for tilbakekall foreligger, skal det før det fattes endelig vedtak foretas en forholdsmessighetsvurdering. Denne vil være veldig lik den som foretas i utvisningssaker.

I noen tilfeller kan det være like hensiktsmessig å unnlate å tilbakekalle tillatelser. Dette gjelder særlig for tidsbestemte tillatelser og tillatelser som skal fornyes. Ved å vente til utlendingen søker om fornyelse, for så å avslå søknaden vil man kunne være ressursbesparende²⁷.

5 Objektive vilkår for utvisning

Det første man må undersøke når man vurderer utvisning, er om det foreligger en tilstrekkelig hjemmel jf. EMK art. 8 (2) og legalitetsprinsippet. Dette vilkåret er ikke problematisk i norsk rett, da utl.§66-68 jf. utl.§70 tilfredsstiller dette.

5.1 Fakultativ utvisningsadgang

Det er viktig å huske at selv om alle de objektive vilkår er oppfylt, og en utvisning er forholdsmessig, så er adgangen til å utvise fakultativ. Det er en «kan» bestemmelse, jf. «kan» i §§66-68, og man er derfor ikke tvunget til å utvise, selv om man har mulighet til det. Man må imidlertid passe på at like tilfeller behandles likt, og at det ikke foregår forskjellsbehandling.

5.2 Differensiering etter strafferamme og type oppholdstillatelse

Det neste som må undersøkes er hvilken type tillatelse utlendingen har.

²⁷ Øyen (2013) s.173

Utl.§§66-68 er delt inn i de utlendinger som ikke har oppholdstillatelse (utl.§66), de som har en midlertidig oppholdstillatelse (utl.§67) og de som har permanent oppholdstillatelse (utl.§68). Når det tas utgangspunkt i typen oppholdstillatelse er dette basert på en ren formell betraktning av utlendingens tilknytning til Norge. Det presumeres at de med en permanent tillatelse vil ha sterkere tilknytning enn utlendinger som ikke har tillatelse eller som kun har en midlertidig tillatelse. Dette skiller seg fra den faktiske og reelle tilknytningen, som vurderes etter utl.§70, og som det fremgår av den videre fremstilling er det ikke nødvendigvis slik at utlendinger med minst tilknytning samsvarer med utledninger uten oppholdstillatelse.

Lovgiver har med dette foretatt den groveste forholdsmessighetsvurderingen, ettersom det stilles gradvis strengere krav til strafferammene for overtredelsen for å kunne utvise. For utlendinger uten oppholdstillatelse er det snakk om lovbrudd som kan medføre straff i mer enn tre måneder jf. utl.§66 første ledd bokstav b og c. For de med midlertidig oppholdstillatelse er strafferammen for overtredelse som kan medføre utvisning satt til ett år jf. utl.§67 første ledd bokstav a og b. For den siste kategorien, de med permanent oppholdstillatelse må lovbruddet medføre en straff på to år eller mer, jf. utl.§68 første ledd bokstav a og b. Dette viser at for de utlendingene som har antatt dårligst tilknytning til Norge, kreves det mindre av overtredelsens alvor for å kunne benytte utvisning som reaksjon, mens det skal mer til for å kunne utvise noen med permanent oppholdstillatelse

Dersom de grunnvilkår bestemmelsene oppstiller ikke er oppfylt, er det ingen adgang til å utvise, uavhengig av andre omstendigheter.

Det vil som oftest være ganske enkelt å finne ut om vilkårene i utl.§§67 og 68 er oppfylt eller ikke. De er klare og konkrete og medfører ikke særlige tvilsspørsmål. Dette gjelder også for utl.§66 første ledd bokstav b til e, og annet ledd. Det vil derfor fokuseres på å klargjøre hva som ligger i de skjønnsmessige vurderingstemaene i utl.§66.

5.3 Straff som vilkår for utvisningsadgangen

Ettersom det legges avgjørende vekt på strafferammene for overtredelser for å rammes av de objektive vilkår, blir et relevant spørsmål om det er et krav at utlendingen faktisk er straffet for overtredelsene for å kunne reagere med utvisning.

På den ene siden vil forholdets alvor etter forarbeidene²⁸ omfatte både strafferammen og den faktisk utmålte straff. På den andre siden kan brudd på utlendingsloven danne selvstendig grunnlag for utvisning jf. utl.§66. Dette gjelder for eksempel saker om falsk identitet og pro-

²⁸ Ot.prp. nr.75 (2006-2007) s. 291

formatilfeller. Det fremheves videre i forarbeidene at det er viktig å kunne reagere med utvisning ved grove og gjentatte brudd på utlendingsloven²⁹. Dette er forhold som ikke nødvendigvis medfører noen straff, selv om det er en mulighet. Dette vil være mest aktuelt i de tilfellene utlendingen har liten eller ingen tilknytning til riket³⁰. Begrunnelsen for ikke å oppstille straff som vilkår er at det vil være prosessbesparende og muliggjøre en raskere reaksjon. At straff ikke er et vilkår for utvisning er også godtatt av EMD³¹.

Konklusjonen er følgelig at det ikke kreves at utlendingen faktisk er straffet for overtredelsene.

5.4 De skjønnsmessige vilkårene i utl.§66

For utlendinger som ikke har oppholdstillatelse kreves det som nevnt minst av overtredelsens alvor for å kunne benytte utvisning som middel.

Ofte er tilknytningen mye sterkere enn bestemmelsen antar. Dette kommer av at ulovlig opphold ikke teller med i vurderingen etter de absolutte vilkårene. Dette innebærer at utlendinger som har oppholdt seg mange år i Norge uten tillatelse allikevel vil falle inn under denne bestemmelsen. Dette gjelder også for dem som har fått sin tillatelse tilbakekalt. De vil gjerne ha mange års tilknytning som må vurderes.

Utl.§66 er den eneste bestemmelsen som åpner for utvisning kun på bakgrunn av at utlendingen har brutt reglene i utlendingsloven. I Rt.2011 s.948 avsnitt 35 er det uttalt: «Overtredelser av utlendingsloven er i seg selv et betydelig samfunnsproblem, som medfører store kostnader for samfunnet og har en rekke andre negative konsekvenser. Det er av allmennpreventive grunner nødvendig med reaksjoner som i det enkelte tilfellet kan fremstå som urimelig strenge. Dette forhindrer likevel ikke at overtredelser av utlendingsloven kan ha svært ulik karakter...».

Dette ser man også av de vilkårene som oppstilles i utl.§66.

I motsetning til vilkårene i utl.§67 og utl.§68, inneholder utl.§66 skjønnsmessige begreper som det må tas stilling til for å vurdere om utlendingen har overtrådt bestemmelsen. Disse finnes i utl.§66 første ledd bokstav a som lyder:

²⁹ Ot.prp. nr.75 (2006-2007) s. 289, avsnitt 15.6.2

³⁰ Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) s.288, avsnitt 15.6.1 siste setning.

³¹ F.eks Nunez v. Norway, avsnitt 71

«En utlending uten oppholdstillatelse kan utvises

- a) når utlendingen grovt eller gjentatte ganger har overtrådt en eller flere bestemmelser i loven her, forsettlig eller grovt uaktsomt har gitt vesentlig uriktige eller åpenbart villedende opplysninger i en sak etter loven, eller unndrar seg gjennomføringen av et vedtak som innebærer at vedkommende skal forlate riket».

Det er en nær sammenheng mellom disse begrepene og de vil ofte gli over i hverandre.

For det første kan utvisning foretas når utlendingen «grovt» har overtrådt utlendingsloven. Ordlyden tilsier at det ikke er enhver overtredelse som kan begrunne utvisning. Det må være snakk om noe mer enn bagateller. Eksempler på dette er nevnt i rundskriv³² fra UDI, som gir uttrykk for direktoratets praksis på området. For eksempel vil alltid ulovlig innreise anses som et grovt brudd³³. Videre vil ulovlig opphold og arbeid ansees som grove brudd, særlig hvis de er av en varighet på over 1 år³⁴. Dette synet modifiseres imidlertid av uf.§14-1³⁵.

For det andre kan utlendingen utvises for «gjentatte» ganger å ha overtrådt bestemmelsene. Med dette forstås overtredelser som ikke isolert kan betraktes som grove nok til å begrunne utvisning, men som samlet innebærer en grov overtredelse. Dette kan være flere overtredelser av den samme bestemmelsen, mindre overtredelser av ulike bestemmelser, eller en kombinasjon. Eksempel på dette er visumpliktige som overskrider visumtiden med inntil 1 måned³⁶. Dersom det har gått litt tid siden hver overtredelse, oppstår et spørsmål om når en kan betrakte dem som gjentakende. Utgangspunktet her er 2 år³⁷.

En annen situasjon er at utlendingen enten ved forsett eller grov uaktsomhet³⁸ har gitt «vesentlig» uriktige eller «åpenbart» villedende opplysninger. Særlig vil bruk av falsk identitet anses som et grovt brudd på regelverket³⁹. Det samme vil falske anførsler om beskyttelsesbehov ut fra hvilket land utlendingen hevder å komme fra⁴⁰. Selv om opplysningene fyller kravene til «vesentlig» eller «åpenbart», må de fortsatt være grove nok til å begrunne utvisning. Dette vil blant annet avhenge av hvor aktivt utlendingen har gått inn for å bryte reglene⁴¹.

³² UDI rundskriv, RS 2010-024, 01.01.2010

³³ UDI rundskriv punkt 5.2.1.1

³⁴ UDI rundskrivet punkt 5.2.1.2 og 5.2.2

³⁵ Se delkapittel 7.5.7

³⁶ UDI rundskriv avsnitt 5.2.1.2

³⁷ Øyen (2013) s.374

³⁸ For redegjørelse av ulike skyldkrav vises til den strafferettslige litteraturen.

³⁹ Rt.2011 s.948, avsnitt 48.

⁴⁰ Øyen (2013) s.375

⁴¹ Øyen (2013) s. 375

Begrepene «vesentlig» og «åpenbart» er også benyttet i utl.§63 om tilbakekall, og er nærmere drøftet i oppgavens kapittel 4.

Den siste situasjonen handler om de tilfellene der utlendingen «unndrar» seg gjennomføring. Her siktes det til situasjoner der utlendingen gjerne har fått et vedtak mot seg. Dette vil typisk være et vedtak om å forlate landet. Utlendingen har da plikt til å reise ut, men oppfyller ikke denne plikten. Dette kan gjøres aktivt, for eksempel ved å unnlate å oppgi korrekt adresse/oppholdssted, at utlendingen går «under jorda», eller skjuler seg på andre måter. I rundskrivet fra UDI er det påpekt at det ikke er noe krav om at utlendingen aktivt har holdt seg skjult⁴². Det avgjørende er at utlendingen har unnlatt å oppfylle utreiseplikten. En tolkning av begrepet «unndrar» indikerer allikevel en viss aktivitet. Utlendingen oppholder seg ulovlig ved brudd på utreisefristen, og dersom en ren passiv overtredelse skulle være tilstrekkelig etter dette alternativet ville det ikke gi mye mer enn hva som uansett ville kunne vurderes som en «grov» overtredelse.

5.5 Utlendingsloven § 69 – absolutt vern mot utvisning

Utl. §69 innebærer et absolutt vern mot utvisning. Individer som faller inn under bestemmelsen kan ikke utvises, uansett om alle andre vilkår er oppfylt. For å avgjøre om en person er vernet mot utvisning, må personen falle innunder en av to kategorier etter utl.§69.

Den første kategorien er norske statsborgere, jf. utl.§69 første ledd. Å være norsk statsborger innebærer en del rettigheter og plikter knyttet til det å være norsk. Norsk statsborgerskap erverves vanligvis ved fødsel, adopsjon eller søknad, jf. statsborgerloven §§4, 5 og 7. For å bli norsk statsborger ved fødsel, er det et vilkår at en av foreldrene er norsk statsborger jf. statsborgerloven §4 første ledd.

Etter utl. §69 annet ledd kan ikke utlendinger som er født i Norge, og har hatt uavbrutt opphold utvises. I forarbeidene⁴³ presiseres det imidlertid at det uansett stilles krav til oppholdstillatelse. Dette innebærer at barn født av foreldre uten oppholdstillatelse, eller av foreldre som får sin tillatelse tilbakekalt, ikke er absolutt vernet mot utvisning. Uttrykket «uavbrutt fast opphold» innebærer at fra det tidspunkt barnet er født og frem til nåværende tidspunkt, skal ha hatt fast bopel i Norge⁴⁴. Det er imidlertid ikke noe krav til at man ikke kan ha forlatt landet i det hele tatt, for eksempel på ferieturer. Men den faktiske, formelle og reelle bopel må være i Norge

⁴² UDI rundskriv avsnitt 5.5.

⁴³ Ot.prp. nr.75 (2006-2007) s. 434

⁴⁴ Ot.prp. nr.75 (2006-2007) s.293

5.5.1 De facto utvisning av barn

En avgjørende problemstilling angående barn som er norske statsborgere, er om utvisning av forelderen også innebærer en utvisning av barnet.

I de tilfellene der barnet er norsk statsborger ville et positivt svar på denne problemstillingen innebære at et utvisningsvedtak av forelderen, ville stride mot det absolutte vernet mot utvisning i utl. §69.

Spørsmålet ble satt på spissen i Maria-saken. Den ankende part, en kenyansk mor, var besluttet utvist. Hun var eneste omsorgsperson for datteren. Hun anførte at vedtaket om utvisning stred mot datterens statsborgerrettigheter etter utl. §69, grl. §106 annet ledd og EMK protokoll 4 artikkel 3. Det ble anført at forbudet mot utvisning av egne statsborgere ikke er begrenset til formelle utvisningsvedtak, men at det også rammer utvisning de facto. Med dette menes tilfeller der barn faktisk blir tvunget til å forlate Norge, som en følge av at barnets eneste omsorgsperson blir utvist⁴⁵. Spørsmålet omfattet altså ikke tilfeller der barnet har andre egnede omsorgspersoner i Norge. Men i de tilfellene vil heller ikke barnet være tvunget til å følge med ut ved en eventuell utvisning.

Førstvoterende påpekte først at forbudet mot utvisning av egne statsborgere, gjelder statsborgeren selv. I dette tilfellet var det mor som var vedtatt utvist, og ikke datteren. Datteren hadde alle sine rettigheter som statsborger i behold, inkludert retten til opphold i Norge. Førstvoterende var enig med den ankende parten i at utvisningen skapte en tvangssituasjon for datteren, som faktisk innebar at hun også måtte forlate Norge⁴⁶. Men førstvoterende fant ikke holdepunkter for at en slik tvangssituasjon kunne sidestilles med et vedtak om å utvise datteren⁴⁷.

Etter dette må spørsmålet om en utvisning de facto er i strid med det absolutte forbudet mot utvisning av egne statsborgere i utl. §69, besvares benektende.

5.5.2 Absolutt vern mot utsendelse

Absolutt vern mot utsendelse reguleres av utl. §73. Et viktig skille er at det absolutte vernet mot utsendelse ikke er det samme som absolutt vern mot utvisning. Vernet mot utsendelse går ut på at ingen kan returneres til et område der de vil være utsatt for forfølgelse eller tortur jf.

⁴⁵ Rt.2015 s.93 avsnitt 21

⁴⁶ Rt.2015 s.93 avsnitt 50

⁴⁷ Rt.2015 s.93 avsnitt 53

non-refoulement prinsippet⁴⁸. Det er imidlertid ingen sperre mot å vedta å utvise utlendingen, og avvente retur til det er trygt i hjemlandet. Slike tillatelser gis etter utl. §74.

5.6 Utvisningens virkning og varighet

Når et vedtak om utvisning skal fattes, oppstår spørsmålet om den skal være varig eller tidsbestemt, og i så fall hvor lenge.

Det rettslige grunnlaget for å avgjøre dette finnes i utl.§71 jf. uf.§14-2.

Innreiseforbudets varighet avgjøres konkret i den enkelte sak i forbindelse med forholdsmessighetsvurderingen etter utl.§70 jf. uf.§14-2 første ledd. Noen utgangspunkter kan allikevel oppstilles.

Et endelig utvisningsvedtak innebærer at samtlige tillatelser til opphold i Norge opphører å gjelde jf. utl.§71 første ledd. Det er også til hinder for retur til Norge for det tidsrom som er bestemt i vedtaket.

Vedtaket kan være varig eller tidsbegrenset jf. utl.§71 annet ledd. Bestemmelsen slår fast at utvisning ikke kan fattes for en kortere periode enn ett år. Innreiseforbudets varighet er nærmere utdypet i uf. §14-2 første ledd.

Uf. §14-2 første ledd bokstav a-c slår fast at utvisningens varighet kan settes til 2 år, 5 år eller være varig. Ifølge forarbeidene⁴⁹ skal ikke innreiseforbud settes for en kortere periode enn 2 år. Begrunnelsen for dette er at utvisning er en alvorlig reaksjon, og dersom man ikke mener at overtredelsene er alvorlige nok til å medføre innreiseforbud i minimum 2 år, bør man unnlate å utvise og heller velge en annen reaksjon. Videre står det at dette vil innebære at vedtak som tidligere inneholdt et kortere innreiseforbud, nå vil få to års innreiseforbud, eller at utvisning ikke vil foretas i det hele tatt.

Umiddelbart kan det synes å være en konflikt her mellom lovens ordlyd på den ene siden og forskriften og forarbeidene på den andre, da loven presiserer at varigheten ikke må være kortere enn ett år. Dette kan imidlertid forklares med at det er gjort et bevisst valg i å la ettårsfristen fortsatt gjelde for noen få mindre alvorlige overtredelser jf. uf.§14-2 annet ledd. Dette gjelder for brudd på utl.§66 første ledd bokstav a og d, samt utl.§66 annet ledd. Dette gjelder for eksempel der utlendingen er utvist eller bortvist fra et annet Schengenland, jf. utl.§66 førs-

⁴⁸ Vevstad (2010) s. 448

⁴⁹ Ot.prp. nr.75 (2006-2007) s.294 punkt 15.6.5

te ledd bokstav d. For disse overtredelsene kan innreiseforbudet settes til ett, to eller fem år. Innreiseforbudet kan settes lenger enn fem år også i disse tilfellene, men bare dersom offentlig orden eller grunnleggende nasjonale interesser gjør det nødvendig.

Der er altså snakk om mildere overtredelser som fortsatt kan medføre innreiseforbud i ett år. Ordlyden er svært spesifikk, og det er vist til en minimumsfrist på ett år i både utl.§71 og uf.§14-2 annet ledd. Konklusjonen må derfor bli at i disse spesifikke tilfellene, under spesielle omstendigheter, kan fortsatt innreiseforbud på ett år benyttes, selv om forarbeidene snevrer inn denne adgangen. Myndighetene vil nok kanskje allikevel være forsiktig med å sette innreiseforbud til ett år, ettersom utvisning er en sterk reaksjon.

Opphevelse av innreiseforbud

Innreiseforbudet kan oppheves etter søknad, dersom nye omstendigheter tilsier det⁵⁰. Utlendingsmyndighetene sjekker ikke nye omstendigheter av eget tiltak, utlendingen må selv søke om opphevelse av innreiseforbudet⁵¹.

Spørsmålet blir så hva som ligger i nye omstendigheter.

«Nye omstendigheter» kan bety så mangt. Lovteksten gir ingen veiledning, utover at det må være omstendigheter som ikke forelå på vedtakstidspunktet for utvisningen jf. «nye». Rundskrivet fra UDI om retningslinjer angående opphevelse av innreiseforbud og kortvarige besøk utfyller dette. Der står det at «med *nye omstendigheter* menes en mer eller mindre konstant endret situasjon, for eksempel dersom herboende ektefelle blir ute av stand til å ha omsorg for felles barn på grunn av alvorlig sykdom eller dødsfall⁵²». Dette er ganske store endringer. De brukes imidlertid kun som eksempler, og det er fullt mulig at også mindre endring holder for å oppheve innreiseforbudet. Vesentlig er det også om endringene ligger utenfor utlendingen og familien sin innflytelse, og om forholdene har utviklet seg «vesentlig» annerledes enn antatt på vedtakstidspunktet⁵³.

Virkningen av en opphevelse:

⁵⁰ UDI rundskriv (2010b) avsnitt 2

⁵¹ UDI rundskriv (2010b) avsnitt 1.3.2

⁵² UDI rundskriv (2010b) avsnitt 5.3.2

⁵³ UDI rundskriv (2010b) avsnitt 5.3.1

Dersom innreiseforbudet oppheves, vil utlendingen ha de samme muligheter som andre til å reise inn i Norge. En opphevelse er imidlertid ikke det samme som en oppholdstillatelse. Dersom utlendingen har behov for en oppholdstillatelse, visum eller lignende, må han også søke, og få innvilget dette for lovlig innreise⁵⁴.

I utl.§71 annet ledd siste setning oppstilles en dispensasjonsadgang fra innreiseforbudet for kortvarige besøk. Hovedregelen er da at det må foreligge «særskilte omstendigheter». Ordlyden tyder på at det er en snever adgang til å dispensere. I retningslinjene⁵⁵ fremheves at det her gjerne er snakk om mer forbigående og konkrete omstendigheter, hvor «nye omstendigheter» gjerne har en mer varig karakter. Som eksempler nevnes adgang for å delta i en begravelse, eller der utlendingen er part i en rettssak i Norge og av rettssikkerhetsmessige årsaker må være til stede.

Som hovedregel gis ikke slik dispensasjon før det har gått to år etter utreise, hvilket tydeliggjør at det er en snever unntaksregel. Toårs-regelen gjelder både for opphevelse og dispensasjon⁵⁶.

For begge søknader må det også foretas en ny forholdsmessighetsvurdering, der vurderingstemaet vil være om opprettholdelse av innreiseforbudet anses uforholdsmessig sammenlignet med grunnlaget for utvisningen og den nåværende situasjon.

Det at søkeren har barn i Norge, vil ikke alene være tilstrekkelig for å gi tillatelse til besøk eller opphevelse⁵⁷.

Når utlendingen sender søknad og det foreligger nye omstendigheter eller særskilte omstendigheter i saken, kan altså forbudet oppheves. Det er allikevel snakk om en «kan» regel, og innebærer ingen plikt for myndighetene til å oppheve forbudet.

Uf.§14-2 inneholder også noen utgangspunkter når det gjelder fastsettelse av innreiseforbud for utlendinger som har barn i Norge.

Etter uf§14-2 tredje ledd skal innreiseforbudet som hovedregel ikke gjøres varig når utlendingen har barn i Norge. Det stilles to vilkår som begge må være oppfylt. For det første stilles det krav til samvær med barnet. Utlendingen må enten ha bodd fast sammen med barnet, eller ha utøvet fast samvær av et visst omfang med barnet. Hvor mye samvær som kreves vil være

⁵⁴ UDI rundskriv (2010b) avsnitt 1.3.2

⁵⁵ UDI rundskriv (2010b) avsnitt 5.3.2

⁵⁶ UDI rundskriv (2010b) avsnitt 5.3.1

⁵⁷ UDI rundskriv (2010b) avsnitt 5.4.3

sammenfallende med drøftelsen etter uf.§14-1 og jeg viser til denne. Det andre vilkåret er at situasjonen beskrevet skal fortsette.

Videre i uf.§14-2 tredje ledd tredje punktum fremgår at innreiseforbud etter utl.§66 første ledd bokstav a og d, og annet ledd, som hovedregel ikke skal være lenger enn to år, når utlendingen har barn i Norge. Det stilles samme krav til samvær som nevnt for første punktum. Her er det sammenheng mellom ettårskravet i utl.§71 første ledd jf. uf.§14-2 annet ledd. Det er de samme overtredelsene som rammes der det fortsatt er aktuelt å bruke ettårsfristen. Sammenholdes dette med uf.§14-2 tredje ledd, tredje punktum, skal innreiseforbud ved slike overtredelser, og når utlendingen har barn, være enten ett år eller to år som hovedregel.

I uf.§14-2 fjerde ledd kommer en unntaksregel fra utgangspunktet om at varig innreiseforbud skal unngås i de tilfeller der utlendingen har barn i Norge. Dette skal avgjøres etter en konkret helhetsvurdering, og bestemmelsen inneholder i fjerde ledd bokstav a-d særlige momenter som kan tale for et varig innreiseforbud. Bokstav a omhandler de tilfeller der utlendingen er straffet for et lovbrudd som kan føre til mer enn seks års fengsel. Her er det hensynet til lovbruddets grovhet som gjerne ligger bak. Bokstav b gjelder de tilfellene der utlendingen er straffet for vold eller overgrep mot nære familiemedlemmer. I disse tilfellene er det ikke nødvendigvis sikkert at det beste for barnet, eller andre familiemedlemmer er at utlendingen får bli i landet. Bokstav c er nok begrunnet i gjentakelsesfare, samt at mange mindre overtredelser sammenlagt kan bli svært alvorlig, idet den retter seg mot gjentatte domfellelser for lovbrudd med en strafferamme på minst seks måneder. Bokstav d gir anvisning på en vurdering av om det vil være mulig å fortsette familielivet i et annet land. Dersom det ikke er uforholdsmessig å anta at dette er mulig, vil et varig innreiseforbud kunne bli aktuelt.

Uf.§14-2 siste ledd påpeker at der utlendingen ikke oppfyller kravene i tredje ledd til samvær, og heller ikke har bodd fast sammen med barnet, kan dette tillegges vekt i vurderingen. Kravet er at vilkårene om samvær, ikke var oppfylt på det tidspunkt da hendelsen som danner grunnlag for å vurdere utvisning fant sted. Grunnen til at det kreves et visst omfang av samvær forut for overtredelser er at barn ikke skal utnyttes av sine foreldre for å få bli værende i landet. Dette hensynet er særlig fremhevet i forarbeidene⁵⁸. Dette betyr at dersom utlendingen har utøvet samvær, men ikke nok til å tilfredsstille kravet, vil dette likevel telle med i forholdsmessighetsvurderingen. Det vil naturligvis også telle med dersom det er utøvet svært lite samvær. Men i slike tilfeller skal det mye mindre til for å finne at det er forholdsmessig med et varig innreiseforbud. Dette kommer av at alle disse reglene er begrunnet i hensynet til for-

⁵⁸ Ot.prp. nr.75 (2006-2007) s.292

holdet mellom barn og foreldre, og der dette forholdet er minimalt er det ikke like stor grunn til å gi utlendingen særskilt vern sammenlignet med utlendinger uten barn.

5.7 Prosessuell vedtakskompetanse

Det er utlendingsforvaltningen som har kompetanse til å treffe utvisningsvedtak jf. utl. § 76. I arbeidet med den nye utlendingsloven var det oppe forslag om å endre utvisningsvedtak fra å være en forvaltningsmessig reaksjon til å legges inn under domstolenes avgjørelsesmyndighet⁵⁹. Forslaget ble imidlertid ikke tatt til følge.

6 Forholdsmessighetsvurderingen – utlendingsloven § 70

Selv om de objektive vilkårene for utvisning etter utl. §§ 66-68 er oppfylt, kan utlendingen likevel ikke utvises, dersom det vil være et uforholdsmessig tiltak i forhold til utlendingens tilknytning til riket sett hen til overtredelsens alvor. Dette gjelder også overfor utlendingens nærmeste familiemedlemmer, jf. utl. § 70. Denne vurderingen samsvarer i stor grad med kravet etter EMK art. 8 om at inngrep i retten til familie- og privatliv må være «nødvendig».

Problemstillingen blir derfor når det ansees nødvendig å benytte utvisning som reaksjon mot overtredelser.

6.1 Utvisning som en egnet reaksjon

For det første kreves at utvisning er en egnet reaksjon for å oppnå det ønskede resultat. Dersom dette ikke er tilfelle, vil utvisningen heller ikke være «nødvendig». I de fleste saker vil ikke dette momentet by på særlige problemer. Dette kommer av at utvisningen er en reaksjon mot overtredelser av norske regler og uønsket oppførsel. Denne typen adferd bryter med de forutsetninger som settes for å gi opphold i Norge til mennesker som ikke er norske statsborgere⁶⁰. Målet vil da være å få dem ut av landet og en utvisning vil da være egnet for å oppnå dette formålet.

6.2 Minste inngreps prinsipp

Det neste spørsmålet er om det finnes mindre inngripende tiltak enn utvisning.

⁵⁹ Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) s. 294

⁶⁰ Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) s. 288 punkt 15.6.1

Forvaltningsretten er basert blant annet på det som kalles det minste inngreps prinsipp. Dette innebærer at utlendingsmyndighetene ikke kan utvise en utlending dersom det finnes mindre inngripende alternativer som like godt ivaretar formålet med utvisningen. Dette kan for eksempel være straffer i form av bøter eller fengsel. Et annet alternativ er bortvisning etter utl.§17. Man må altså vurdere om noen av alternativene vil kunne oppfylle formålet med utvisningen på en like god måte. Utvisningens varighet vil også kunne ha en betydning⁶¹. Man må vurdere om et kortere innreiseforbud vil kunne oppfylle formålet på en like god måte som innreiseforbud av lengre varighet. Dette vil avhenge av forholdets alvor. Utvisning er som sagt utlendingslovens strengeste reaksjon, og kan ikke anvendes mot enhver overtredelse.

6.3 Forholdets alvor

Dette leder over til spørsmålet om hvor stort behov samfunnet har for å utvise i det konkrete tilfellet. Som nevnt i avsnittet over, vil dette komme an på hvor alvorlig det aktuelle lovbruddet er. Å få en korrekt vurdering av forholdets alvor er viktig, ettersom det er dette som skal måles mot belastningene som påføres utlendingen selv, og dennes nærmeste familie.

Det vil nå presenteres en gjennomgang av noen sentrale momenter⁶² for vurderingen av forholdets alvor. Gjennomgangen er ikke ment å være uttømmende.

6.3.1 Strafferammene

Lovgiver har som nevnt allerede foretatt en gradvis inndeling av de objektive vilkårene etter overtredelsens alvor. Strafferammene vil i utgangspunktet kunne si noe om hvor alvorlig en handling ansees for å være. Men innad i hver av bestemmelsene vil overtredelsens alvor kunne variere betraktelig.

6.3.2 Faktisk ilagt straff

Dette leder over i momentet om hvilken straff/særreaksjon som faktisk er ilagt. Det kan være en rekke formildende og skjerpende omstendigheter som leder frem til den fastsatte straffen, og dette er momenter som strafferammene alene ikke tar hensyn til.

6.3.3 Tidsmomentet

⁶¹ Øyen (2013) s. 382

⁶² Øyen (2013) s.381

Tidsmomentet knyttet til forholdets alvor retter seg både mot hvor lang tid det har gått siden lovbruddet, samt myndighetenes saksbehandlingstid. Der det har gått lang tid siden hendelsen skjedde, utlendingen har sonet straffen, og senere fått et etablert og lovlydig liv med jobb, familie og nettverk, er det mindre grunn til å anse forholdet som alvorlig⁶³.

I forbindelse med brudd på utlendingsloven som ikke blir oppdaget kanskje før mange år etter, kan allmennpreventive grunner tale mer for å karakterisere forholdet som alvorlig. Man skal for eksempel ikke belønnes for å være flink til å skjule seg for utlendingsmyndighetene. Der lovbruddet har vært kjent for myndighetene uten at de har reagert på det, vil dette tale for at det er mindre alvorlig. Dette kan være tilfelle der myndighetene er klar over at en utlending oppholder seg ulovlig i landet, men på kjent adresse, uten å forsøke å unndra seg gjennomføring av tvangsutsendelse.

6.3.4 Gjentakelsesfare

Gjentatte brudd på utlendingsloven, eller flere mindre forbrytelser kan vise en manglende respekt for det norske regelverket. Dersom det foreligger gjentakelsesfare, taler dette for at forholdet er mer alvorlig og at det er større behov for å utvise. I Rt.2005 s.229 ble dette trukket inn i vurderingen. Utlendingen var dømt for legemsfornærmelse mot sin fem år gamle nevø. Førstvoterende viste til at hendelsen fremstod som et situasjonsbetinget engangstilfelle, og at det ikke lenger var noen fare for gutten⁶⁴. Dette gjorde at forholdet ble betraktet mildere.

6.3.5 Konsekvensene av lovbruddet

Hvilke konsekvenser lovbruddet har fått vil også ha betydning. Dersom forbrytelsen har hatt alvorlige virkninger, for eksempel i form av skade på personer eller eiendom vil dette tale for å bedømme forholdet som mer alvorlig. Skade på personer regnes gjennomgående for mer alvorlig enn skade på eiendom⁶⁵. Konsekvensene må også vurderes ut ifra om utlendingen har oppnådd et gode han ellers ikke skulle hatt. Dette er særlig relevant for brudd på utlendingsloven. Systemet er avhengig av at det blir gitt korrekt informasjon og dersom utlendingen for eksempel har oppgitt falsk identitet og på det grunnlag oppnådd en tillatelse han ikke skulle hatt, vil dette ha betydning for vurderingen av overtredelsens alvor.

6.3.6 God tro

⁶³ Øyen (2013) s.380

⁶⁴ Rt.2005 s.229 avsnitt 43,44 og 55

⁶⁵ Øyen (2013) s.380

God tro handler om individets subjektive oppfatning av realiteten. Det er hver enkelt person sitt ansvar å påse at lover og regler følges. Allikevel vil spørsmålet om utlendingen har vært i god tro angående overtredelser, ha innvirkning på forholdsmessighetsvurderingen. Dette ble gjort i Rt. 2011 s.948 (Kashtanjeva-saken). Relevant for dette delkapittelet er at kvinnen hadde arbeidet uten arbeidstillatelse i ett år. Det var imidlertid hennes egne opplysninger som hadde gjort myndighetene oppmerksomme på forholdet. Hun hadde også fått beskjed fra advokaten sin om at hun hadde lov til å arbeide. Dette hadde også fulgt av en påtegning fra politiet om at hun fortsatt hadde arbeidstillatelse. Førstvoterende var ikke enig med ankemotparten når de hevdet at dette skulle tillegges liten vekt i vurderingen av kvinnens gode tro⁶⁶.

Det er særlig tankegangen bak handlingene som her er av betydning. Det vil være stor forskjell i nødvendigheten av å reagere ut fra om man for eksempel har brutt utlendingsloven med den hensikt å oppnå noe man ikke har rett til, og det å være i den tro at man allerede har tillatelse til å gjøre det man har gjort. Overtredelsen har da mer karakter av et uhell. Man har i de tilfellene ikke vist samme vilje eller hensikt til å bryte reglene. De allmennpreventive grunnene som står bak utvisningsinstituttet vil da ikke komme inn med like stor tyngde. Faren med å legge for stor vekt på dette kan være at det er vanskelig å kontrollere hva folk faktisk har tenkt.

6.3.7 Om utlendingsmyndighetenes arbeid er blitt vanskeliggjort

Om myndighetenes arbeid har blitt vanskeliggjort er særlig aktuelt for brudd på utlendingsloven. Spesielt gjelder dette der utlendingen har gitt uriktige og villedende opplysninger eller unndratt seg gjennomføring av et vedtak. Desto mer arbeid myndighetene har måttet nedlegge for å bringe fakta på det rene, og jo mer aktivt utlendingen har gått inn for å forhindre det, desto mer alvorlig vil overtredelsen være⁶⁷.

6.3.8 Kriminalitetens art

Hvilken type kriminalitet det er snakk om er et sentralt moment i vurderingen av alvoret. Noen forbrytelser karakteriseres som særlig alvorlige (se straks nedenfor). Dette skiller seg sterkt fra mindre overtredelser som for eksempel mindre overtredelser av trafikkreglene.

Strafferettslig og forvaltningsrettslig vurdering av forholdets alvor

⁶⁶ Rt.2011 s.948 avsnitt 50

⁶⁷ Øyen (2013) s.375

Enkelte forhold er regnet for å være særdeles alvorlige. Dette gjelder blant annet forbrytelser som drap, voldtekt, ran og grove narkotikaovertridelser⁶⁸. Felles for disse er at de har et strafferettslig preg. Rettspraksis har imidlertid vist at det ikke bare er overtridelser av straffeloven som skal regnes som særlig alvorlige. I et forvaltningsrettslig perspektiv vil også visse overtridelser av utlendingslovens regler alene, være tilsvarende «alvorlig».

Spørsmålet om slike overtridelser kan likestilles med de forbrytelser som i et strafferettslig perspektiv karakteriseres som alvorlige, var oppe i Rt.2009 s.534.

Saken gjaldt gyldigheten av et utvisningsvedtak rettet mot en kvinne som hadde brutt utlendingsloven grovt og gjentatte ganger. Kvinnen hadde ved sitt første opphold gjort seg skyldig i tyveri, og blitt utvist med to års innreiseforbud som følge av det. Hun reiste imidlertid tilbake til Norge til tross for innreiseforbudet. Videre hadde hun gitt uriktige og villedende opplysninger om sin identitet. I forbindelse med dette hadde hun fremlagt et annet pass enn det hun opprinnelig hadde benyttet ved første gangs innreise. Hun opplyste også at hun ikke tidligere var ilagt straff. I tillegg hadde hun oppholdt seg og arbeidet ulovlig i Norge. I sin bedømmelse av forholdets alvor uttalte førstvoterende at det i slike saker ikke kan legges avgjørende vekt på overtridelsene i et strafferettslig perspektiv. Overtridelsene må snarere vurderes ut ifra et forvaltningsrettslig perspektiv⁶⁹.

Deretter gikk førstvoterende videre til å vurdere utlendingens handlinger ut fra utlendingslovens formål.

Med forvaltningsrettslige rammer rundt forholdet, vil et vesentlig moment være om utlendingslovens formål er vesentlig forhindret.

Formålet med utlendingsloven er blant annet kontroll med innreise og opphold i Norge. I forarbeidene fremheves det at det ikke vil være mulig for myndighetene å føre kontroll med alle som kommer til Norge og oppholder seg her⁷⁰. Det vil derfor være av avgjørende betydning at myndighetene kan ha tillit til at de opplysninger som blir gitt er riktige, og at de som trenger oppholdstillatelse søker om det. Videre i forarbeidene uttales det: «Ulovlig innreise, opphold/arbeid uten nødvendig tillatelse eller det å gi uriktige opplysninger bryter med dette tillitsforholdet og vanskeliggjør myndighetenes håndhevelse av norsk innvandringspolitikk⁷¹».

⁶⁸ Ot.prp. nr.75 (2006-2007) s.291

⁶⁹ Rt.2009 s.534 avsnitt 49

⁷⁰ Ot.prp. nr.75 (2006-2007) s. 288

⁷¹ Ot.prp. nr.75 (2006-2007) s.288

Etter å ha sitert de nevnte forarbeider, kom førstvoterende så til at hennes brudd var meget alvorlige på grunn av at de i stor grad rammet utlendingslovens kontrollhensyn, avsnitt 51. Videre i avsnitt 65 kommer dommeren til at tilsvarende synspunkter som ved alvorlig kriminalitet etter straffeloven må få anvendelse på saken. Mindretallet som bestod av to dommere var enig i at overtredelsene representerte et alvorlig brudd på utlendingsloven, men hadde vanskeligheter med å sidestille dem med kriminalitet av meget alvorlig karakter⁷².

En sammenligning av straffelovens og utlendingslovens formål kan vise hvorfor visse overtredelser kan bli ansett å være like alvorlige som for eksempel grove voldsforbrytelser. Drap, narkotikaforbrytelser og voldtekter er blant straffelovens mest alvorlige forbrytelser. Sett hen til straffelovens formål om blant annet å beskytte samfunnet mot kriminalitet vil dette ligge i kjernen av det man ønsker å beskyttes mot. I det forvaltningsrettslige perspektivet der tillitsforholdet mellom myndigheter og utlendinger er av så fundamental betydning, vil det å gi uriktige og villedende opplysninger være tilsvarende ødeleggende for oppfyllelsen av lovens formål.

Grunnleggende nasjonale interesser

I de tilfellene det er snakk om brudd på grunnleggende nasjonale interesser, for eksempel terrorvirksomhet, kan det vanskelig tenkes at en utvisning vil være uforholdsmessig. Slike handlinger er så alvorlige at personlige forhold ikke skal kunne ha utpreget betydning. I forarbeidene⁷³ fremholdes det at det skal foretas en forholdsmessighetsvurdering også i disse tilfellene, men at dette mer er for å understreke prinsippet. Det var altså ikke meningen å gi utlendings subjektive tilknytning noen sterkere posisjon i forhold til alvorligheten av handlingene.

6.3.9 Oppsummering

Etter at alle disse momentene (og gjerne flere) er vurdert, vil man ha kommet frem til en konklusjon på spørsmålet om utvisning anses nødvendig i dette tilfellet ut fra samfunnets behov. Det neste spørsmålet blir om utvisningen er et forholdsmessig tiltak ut fra utlendings tilknytning til riket.

6.4 Behovet for utvisning veid opp mot inngrepets styrke

⁷² Rt.2009 s.534, avsnitt 86

⁷³ Ot.prp nr.75 (2006-2007) s. 293

Forholdsmessighetsvurderingen setter ytre rammer for forvaltningens skjønnsutøvelse, og er et rettsanvendelsesskjønn der domstolene har full prøvelsesrett, jf. Rt.2005 s.229 avsnitt 34, Rt.2008 s.560 avsnitt 46 m.fl. Prøvingen skal skje med utgangspunkt i forholdene på vedtakstidspunktet jf. Rt.2015 s.93.

6.4.1 Motstående hensyn

Det er her snakk om en helhetsvurdering. Det er typisk to hensyn som veies opp mot hverandre. På den ene siden er det statens interesser i å regulere innvandringen til Norge og samfunnets behov for å kunne utvise personer som begår straffbare handlinger eller som ikke overholder våre regler. På den andre siden er det hensynet til utlendingen selv og nærmeste familiemedlemmer, og deres interesse og behov for å bli værende i Norge.

Innvandringsregulerende hensyn

Utvisningsadgangen har en sentral funksjon i innvandringsreguleringen ved at det gir mulighet for å holde personer som begår kriminalitet utenfor landet⁷⁴. På den måten er utvisning en måte å beskytte samfunnet på. Hensynene bak reglene om utvisning er også av allmennpreventiv karakter. Tanken er at bevissthet og synliggjøring rundt konsekvensene av å bryte utlendingslovens regler skal oppmuntre til større grad av etterlevelse av reglene, og dermed fungere forebyggende⁷⁵.

Hensynet til utlendingens tilknytning til riket

I motsetning til vurderingen av de objektive vilkårene etter utl.§66-68 er det den faktiske tilknytningen som skal vurderes her. Det man søker å finne ut er hvor tyngende det vil være for den enkelte å bli utvist fra Norge.

6.4.2 Momenter i vurderingen av utlendingens tilknytning til riket

Utgangspunktet er at en utvisning er et inngripende tiltak for alle, med store konsekvenser for den enkelte⁷⁶. I det følgende vil jeg gjennomgå noen sentrale momenter for denne vurderingen.

I forarbeidene sies følgende om utlendingens tilknytning til riket⁷⁷:

⁷⁴ Ot.prp. nr.75 (2006-2007) s. 288, avsnitt 15.6.1

⁷⁵ Ot.prp nr. 75 (2006-2007) s.288, avsnitt 15.6.1

⁷⁶ Øyen (2013) s.385

«I vurderingen av «utlendingens tilknytning til riket» skal det blant annet legges vekt på

- utlendingens tilknytning til Norge vurdert i forhold til tilknytningen til hjemlandet, der momenter som botid og slektninger i hhv. Norge og hjemlandet, alder ved ankomst til Norge, grunnlaget for oppholdet i Norge, reiser til hjemlandet og lengden av eventuelle opphold der, språkferdigheter mv. er relevant,
 - om utlendingen har familie og eventuelt mindreårige barn i Norge, og hensynet til dem, herunder om utlendingen bor sammen med sin familie, har omsorgsansvar for barn mv. I denne forbindelse vil også utlendingens betydning for eventuelle særkullsbarn av ektefelle/samboer måtte vektlegges.
 - hvorvidt familielivet ble etablert før eller etter at utlendingen burde forstått at utvisning kunne være aktuelt,
 - muligheten for fortsettelse av familieliv i hjemlandet,
 - utlendingens eller familiemedlemmenes helsetilstand og konsekvenser ved utvisning av denne grunn,
 - graden av integrering gjennom blant annet utdanning og arbeid.»

En hovedregel både etter norsk rett og etter EMD sin praksis er at tilknytning opparbeidet med bakgrunn i ulovlig opphold ikke tillegges vekt ved vurderingen av utlendingens tilknytning til riket⁷⁸. Dette vil kun ha betydning i eksepsjonelle tilfeller. Her vises de allmennpreventive hensynene som ligger bak loven. Utlendingen har ingen berettiget forventning om å få fortsette sitt opphold eller sitt familieliv. Dersom tilknytning dannet under ulovlig opphold skulle medføre at en utvisning var uforholdsmessig, ville dette kunne sees på som en premiering av brudd på utlendingsloven, og sende ut uheldige signaler til resten av samfunnet.

For EMD gir de såkalte «Boultifkriteriene» veiledning for skjønnet. Disse ble formulert i EMD sin dom av 2. august 2001 Boultif mot Sveits⁷⁹. De er i stor grad sammenfallende med de momenter det vises til i forarbeidene, men utdyper enkelte av dem, blant annet at det skal tas hensyn til lengden av ekteskapet, realiteten i det, partenes nasjonalitet, om ektefellen var klar over overtredelsen når familielivet ble opprettet og vanskeligheter for familien med å følge med ut.

Når EMD vurderer om en utvisning innebærer et brudd på retten til familieliv, legges det stor vekt på mulighetene for å fortsette familielivet i opprinnelseslandet eller i et tredjeland. Dette gjøres også i norsk rettspraksis. Dersom dette er mulig vil ikke utvisningen innebære at familien splittes. Dette drøftes mer inngående i delkapittel 7.5.2.

⁷⁷ Ot.prp. nr.75 (2006-2007) s. 292, avsnitt 15.6.3

⁷⁸ Rt.2009 s.534 avsnitt 53, Darren Omoregie ant others v. Norway avsnitt 57, NOU 2004:20 s.309

⁷⁹ Boultif v. Switzerland avsnitt 48

Om utlendingen i tillegg innmeldes i SIS (Schengen informasjonssystem) vil også ha betydning for hvor tyngende en utvisning vil bli, ettersom utlendingen og familien da heller ikke kan oppholde seg i noe Schengenland så lenge utvisningen varer⁸⁰. Dette gjelder med mindre utlendingen har i behold en tillatelse fra et slikt land.

I praksis finnes eksempler på alle disse momentene. Ettersom oppgaven i hovedsak retter seg mot forholdsmessighetsvurderingen i forhold til barn, vil det bli for omfattende å gå inn på disse her.

7 Barnets beste

Prinsippet om «barnets beste» stammer fra BK. art 3.nr 1 som har dannet mønster for vår nye grunnlovsbestemmelse i §104 annet ledd. Grl.§104 annet ledd lyder: «Ved handlinger og avgjørelser som berører barn, skal barnets beste være et grunnleggende hensyn». Dette er også eksplisitt fremhevet i utl.§70.

7.1 Definisjon av barnets beste

«Barnets beste» er det mest grunnleggende prinsippet i barnekonvensjonen. Til tross for dette finnes det ikke noen definisjon av hva som inngår i prinsippet. Barnets beste er et dynamisk begrep som stadig er i utvikling. Spørsmålet om hva som er til barnets beste vil variere med ulike kulturer, situasjoner, alder og over tid⁸¹. I tillegg er alle barn forskjellige, så det som vil være til det beste for ett barn, er ikke nødvendigvis det beste for et annet barn i samme situasjon⁸². Dette gjør det nødvendig å vurdere konkret i hvert eneste tilfelle hva som er til akkurat dette barnets beste. FNs barnekomite har allikevel i sin uttalelse nevnt en del momenter som kan være en del av vurderingen. Listen er ikke uttømmende, og det er ikke sikkert at alle momenter vil være relevant i alle saker. Rettspraksis har også bidratt med ytterligere momenter. Disse vil jeg komme tilbake til nedenfor.

7.2 Betydningen av barnets beste standarden i norsk rett

Barnekonvensjonen er gjort til norsk rett med menneskerettsloven av 21.05.1999 nr. 30 (mrkl.) §2, og har etter mrkl. §3 forrang dersom det er motstrid med andre norske regler.

⁸⁰ Øyen (2013) s. 364

⁸¹ Høstmælingen (2012) s.52

⁸² Høstmælingen (2012) s.53

Videre ble «barnets beste» gjort til en del av Grunnloven ved endringer i 2014. Den nye grl.§104 andre ledd er dannet etter mønster fra BK art.3 nr. 1, og tolkninger av den internasjonale bestemmelsen vil også kunne benyttes for grl.§104 annet ledd jf. Rt.2015 s.93.

BK art. 3 nr. 1 sier at «barnets beste» skal være «et grunnleggende hensyn» (« a primary consideration») i alle saker som angår barn. Det betyr ikke at det er det eneste hensynet som kan tillegges vekt. Dette følger av det lille ordet «et». Det er også sikker praksis at andre hensyn kan veie like tungt, og også tyngre i den konkrete saken, blant annet innvandringsregulerende hensyn.

BK artikkel 3 nr. 1 retter seg mot barn både som gruppe og barn som individ, jf. «children» og «the child». Om man skal vurdere hva som er til barnets beste som gruppe eller individet kommer an på hva slags beslutninger det er snakk om⁸³. I denne oppgaven vil jeg kun behandle det som er til det beste for barnet som individ, idet det er enkeltvedtak i form av utvisning oppgaven handler om.

Bruken av ordet «skal» i grl.§104 viser at det ikke er en vurderingssak om man skal ta hensyn til barnets beste i vurderinger angående barn. Det er en plikt alle beslutningstakere har etter loven. Plikten innebærer også at hensynet til barnets beste skal være et av de mest fremtredende hensyn som tas i saken⁸⁴.

7.3 Forholdsmessig tiltak overfor barn

Utl.§70 gir anvisning på en avveining av forholdets alvor og utlendingens tilknytning til riket. Når det gjelder vurderingen i forhold til utlendingens barn, blir spørsmålet om forholdets alvor er grovt nok til å si at utvisningen er forholdsmessig til tross for barnets tilknytning til riket og det inngrep en utvisning vil medføre overfor barnet selv.

«Barnets beste» er tatt inn som et selvstendig moment i forholdsmessighetsvurderingen etter utl. §70. Dette er gjort som en påminnelse om våre folkerettslige forpliktelser.

Det var ifølge forarbeidene ment å kunne ha pedagogisk betydning og synliggjøre på en tydeligere måte at barnets beste er et grunnleggende hensyn i saker om utvisning⁸⁵.

7.3.1 Momenter i vurderingen

⁸³ Høstmælingen (2012) s. 53

⁸⁴ Rt.2015 s.93 avsnitt 65

⁸⁵ Ot.prp. nr.75 (2006-2007) s.292

Det første man må gjøre for å fastslå innholdet av hva som er til barnets beste i den konkrete saken, er å finne frem til alle de momenter som er av betydning for barnet og veie dem mot hverandre. FNs barnekomite har satt opp en ikke uttømmende liste med momenter som kan være av betydning. De som nevnes er følgende⁸⁶:

- Barnets egen mening
- Barnets identitet
- Bevaring av familiemiljøet og opprettholdelse av relasjoner
- Omsorg, beskyttelse og sikkerhet for barnet
- Barnets sårbarhetssituasjon
- Barnets rett til helse
- Barnets rett til utdanning

I litteraturen⁸⁷ er det videre oppstilt en rekke momenter hentet fra rettspraksis. Disse momentene omfatter:

- Barnets alder
- Hvordan kontakten kan opprettholdes
- Statsborgerskap
- Kontakten før utvisning: Dette er et moment som er viktig for å sikre at forelderen faktisk har hatt kontakt med barnet, og ikke utnytter det for å få bli værende i landet. Dette kan gjøres for eksempel ved å true barnet eller den andre forelderen til å bekrefte at de har et nært og godt forhold⁸⁸.
- Primær omsorgsperson
- Den samlede belastningen barnet har blitt utsatt for før utvisningsvedtaket.
- Saksbehandlingstiden.
- Spesielle behov, for eksempel sykdom.
- De faktiske, reelle konsekvensene av utvisningen i forhold til besøk, kontakt osv.

Andre momenter vil kunne være:

- Utvisningens varighet⁸⁹
- Oppholdstid i Norge⁹⁰
- Muligheter for å fortsette familielivet i et annet land⁹¹
- Om familielivet ble etablert ved ulovlig opphold⁹²

⁸⁶ FNs barnekomite generell kommentar nr.14 (2013c), s. 12-16

⁸⁷ Øyen (2013) s.397

⁸⁸ Ot.prp. nr.75 (2006-2007) s.292

⁸⁹ Øyen (2013) s. 386

⁹⁰ Ot.prp. nr.75 (2006-2007) s.293

⁹¹ F.eks Nunez v. Norway

- Økonomisk situasjon: Norge er et av verdens rikeste land, og det faktum at barnet vil få det betraktelig vanskeligere materielt sett, vil ikke i seg selv være avgjørende.

Andre momenter vil også kunne være av betydning. Oppstillingen er kun ment som en oversikt over momenter som gjerne går igjen.

Det er viktig å huske at det i noen saker også kan være til barnets beste å returnere til hjemlandet. Særlig der barnet ikke har opparbeidet noen særlig tilknytning til Norge, men har en sterk tilknytning til hjemlandet i form av kultur, språk og annet familienettverk, vil det kunne vurderes som mer fordelaktig å vokse opp i kjente omgivelser.

Når man har funnet frem til hva som vil være til barnets beste i den konkrete saken, blir spørsmålet så hvor mye som skal til for å la de hensyn som begrunner utvisningen gå foran hensynet til barna. Man må trekke inn forholdet som danner grunnlaget for utvisningen og alvoret av dette.

7.3.2 To hovedalternativer

Forutsatt at foreldrenes og barna sine interesser er sammenfallende, vil det som er til barnets beste normalt være at forelderen ikke utvises, og at familien kan fortsette som normalt i Norge. Ettersom hensynet til barnets beste ikke er det eneste hensyn som kan tillegges vekt, vil man også vurdere om andre alternativer vil kunne være forholdsmessig i forhold til barnet.

Ved å studere rettspraksis kan det synes at det i utvisningssaker angående individer med barn i Norge, gjerne er to alternativer som vurderes i forhold til barna. Det ene er muligheten for at barna kan følge med forelderen ut av landet. Det andre alternativet er at ved en utvisning av forelderen, blir barnet igjen i Norge. Dette reiser ulike skjønnsmessige spørsmål hva angår forholdsmessigheten av utvisningen. Dersom barna skal være igjen, må man vurdere hvilken belastning det vil innebære for dem å være separert fra forelderen, enten varig eller for et bestemt tidsrom. Dersom barna skal følge med ut, må man vurdere hvilken belastning dette vil ha på barna ut fra deres tilknytning til Norge, også dette ut fra varigheten av utvisningen.

7.3.2.1 *Barna skal følge med ut av landet.*

I noen saker vil det eneste alternativet ved en eventuell utvisning være at barnet følger med ut av landet. I disse tilfellene vil derfor spørsmålet som hovedregel være om det er forholdsmes-

⁹² F.eks Kaplan and others v. Norway

sig i forhold til barnets tilknytning til Norge, at barnet reiser som en følge av utvisningsvedtaket.

Et utgangspunkt er at ulovlig opphold i Norge ikke teller med i vurderingen av vedkommende sin tilknytning til Norge hva angår voksne, se ovenfor. For barn er imidlertid utgangspunktet det motsatte. For barn vil altså ulovlig oppholdstid telle med i vurderingen av deres tilknytning, jf. rt.2013 s.449 mm.

Viktige momenter i disse vurderingene vil blant annet være hvor lenge barnet har bodd i Norge, hvilken tilknytning barnet har til forelderens opprinnelsesland, om barnet går på skole i Norge, relasjoner til venner og familie i Norge, om det er aktiv i fritidsaktiviteter osv. Dette er momenter som typisk sier noe om hvor knyttet barnet er til Norge som oppvekstland jf. uf.§8-5.

Der barna er svært unge, presumeres de å ha sin sterkeste tilknytning til foreldrene. De vil være særlig utsatt for skadevirkninger i forbindelse med adskillelse. Dette er også fremhevet av FNs barnekomite som har uttalt⁹³:

«små barn er særlig sårbare for de negative følgene av en slik atskillelse, på grunn av sin fysiske avhengighet av og følelsesmessige tilknytning til sine foreldre/primære omsorgspersoner. De har også dårligere forutsetninger for å forstå omstendighetene rundt en slik atskillelse».

Dette gjelder naturligvis særskilt spebarn, men også for barn som enda ikke har startet i barnehage/skole. For så små barn, som ikke har særlig stor tilknytning til Norge og som uansett blir med, skal det som regel mindre til før en utvisning av forelderen ansees forholdsmessig.

I de tilfellene der barnets eneste omsorgsperson er besluttet utvist, vil det også ligge nærmest å presumere at det beste alternativet for barnet er å følge med ut av landet. Dette støttes av den alminnelige presumpsjon om at barn har best av å vokse opp med sine foreldre.

Denne problemstillingen var oppe i Maria-saken. Førstvoterende slår fast at det ikke finnes noe alternativ til morens omsorg. Å la barnevernet overta omsorgen for datteren ved en utvisning av moren anså førstvoterende som uaktuelt⁹⁴.

Mulighetene for at familielivet kan fortsette i et annet land.

⁹³ FNs barnekomite generell kommentar nr.7 (2005) s.8, punkt 18

⁹⁴ Rt.2015 s.93, avsnitt 73

Et viktig element i vurderingen er om barnet kan følge med til utlendingens opprinnelsesland, eller om familielivet kan fortsette i et tredjeland. Dette er i overensstemmelse med et sentralt vurderingstema i EMD i forhold til om en utvisning er «nødvendig i et demokratisk samfunn». Der familielivet kan fortsette i en av foreldrenes opprinnelsesland uten uoverkommelige hindringer, vil det som hovedregel ikke være et inngrep i retten til familieliv etter EMK art.8 å utvise. Den norske bestemmelsen må nok imidlertid tolkes strengere. Vurderingstemaet etter EMK er om det er noe som gjør det «uoverkommelig»⁹⁵ å fortsette familielivet et annet sted. Den norske bestemmelsen har et annet vurderingstema. Den sier at der det ikke vil være «uforholdsmessig» å anta at familielivet kan fortsette i et annet land. Selv om en hindring ikke kan sies å være uoverkommelig, vil den fortsatt kunne være uforholdsmessig. Vurderingen ut fra barnas perspektiv vil derfor gå ut på om det vil være uforholdsmessig å kreve av barna at de flytter ut fra Norge og til et annet land for å fortsette familielivet sitt der.

Et eksempel der dette er vurdert er i Rt.2005 s.229 avsnitt 47. Retten var enig med UNE i at familien kunne flytte med til Pakistan ved en utvisning. Men muligheten ble av Høyesterett betraktet som urealistisk da det ville skape problemer i forbindelse med bosted, skolegang for barna og språk. De valgte som følge av dette å se bort fra den muligheten.

Et tilsvarende eksempel kan hentes fra Rt.2009 s.534 avsnitt 55. Det ble ansett for urealistisk at hele familien skulle flytte til Kosovo for å fortsette familielivet der. Det ble lagt vekt på at samboeren ikke hadde noen tilknytning til Kosovo og at de to barna ikke kunne noe annet språk enn norsk.

Det er tvilsomt om disse eksemplene ville blitt kvalifisert som en «uoverkommelig» hindring av EMD. Dette kan illustreres med en uttalelse fra Boultif v. Switzerland: “Not least, the Court will also consider the seriousness of the difficulties which the spouse would be likely to encounter in the applicant's country of origin, although the mere fact that a person might face certain difficulties in accompanying her or his spouse cannot in itself preclude expulsion”. I Kaplan and others v. Norway var det ikke tilstrekkelig at samboeren ville få store problemer med å skaffe seg arbeid, samt at det var høy risiko for kidnapping av utenlandske barn⁹⁶.

Barna har heller ikke oppholdstillatelse

Også barn trenger oppholdstillatelse for å være i Norge. For de tilfeller der ingen av familie-medlemmene har lovlig opphold, og derfor ikke grunnlag for å være i Norge, vil det ikke være

⁹⁵ F.eks Darren Omoregie and others v. Norway, “insurmountable obstacles”, avsnitt 57

⁹⁶ Kaplan and others v. Norway avsnitt 48 jf. Avsnitt 66

uforholdsmessig overfor eventuelle barn, om forelderen besluttet utvist⁹⁷. Ingen av dem har lovlig opphold og dermed har alle en plikt til å forlate landet. Det faktum at en av foreldrene i tillegg får et forbud mot ny innreise, vil ikke være uforholdsmessig i forhold til barna da de uansett skal forlate Norge.

7.3.2.2 Barna skal bli igjen.

I andre saker vil det være mer naturlig at barna blir igjen i Norge. Spørsmålet i disse tilfellene blir da om utvisningen er forholdsmessig i forhold til den belastning det vil være for barna å være skilt fra en av sine omsorgspersoner.

Her vil sentrale momenter typisk være barnets alder, hvilket vil ha innvirkning på mulighetene for å opprettholde kontakten til tross for utvisningen. Det vil også være av betydning hvilke psykiske belastninger det vil medføre for barnet å være skilt fra en forelder og i hvilken utstrekning det har mulighet for å forstå grunnen til adskillelsen.

Barna har ikke, eller har svært lite kontakt med den av foreldrene som er besluttet utvist.

I disse tilfellene vil ikke båndet mellom barnet og forelderen være like sterkt. Det vil fortsatt sannsynligvis være i barnets beste at forelderen ikke utvises. Men her vil ikke barnets interesser ha like stor gjennomslagskraft. Barnet har sin nærmeste tilknytning til andre omsorgspersoner, de lever ikke sammen, og har lite eller ingen kontakt. Det skal da mye mindre til av overtredelsen for at det skal være et forholdsmessig inngrep å utvise til tross for at utlendingen har barn i Norge.

Dette kommer blant annet til syne i uf.§14-1. Det er da snakk om mindre overtredelser av utlendingsloven i form av ulovlig opphold og arbeid. Dette er overtredelser som ikke anses som de groveste⁹⁸. Allikevel kreves det høy grad av samvær med barnet. Regelen er begrunnet ut ifra hensynet til barnets kontakt med foreldrene, og der denne kontakten er minimal, vil det ikke være like stor grunn til å ta hensyn til det.

Barna er relativt gamle

⁹⁷ Rt.2013 s.449, avsnitt 104

⁹⁸ Rt.2011 s.948

Der barna er rundt 14-17 år gamle, vil det være betraktelig lettere for dem å forstå hvorfor de blir skilt fra en av foreldrene. Det vil også være mye lettere for dem å opprettholde kontakt via for eksempel skype, telefon, epost og besøk i utlandet.

7.3.3 Barna kan enten følge med eller bli igjen.

Vanskelige vurderingstilfeller oppstår gjerne når utvisningen griper inn i en samlet familie, eller der barna har god kontakt med begge foreldre. Problemet består i at der det ikke er aktuelt for hele familien å bli med, vil barna uansett bli splittet fra en av sine foreldre. Man må da vurdere hvor stor belastning det vil være for barnet å være skilt fra en av foreldrene.

Dersom man finner at det vil være uforholdsmessig både å la barnet være igjen i Norge uten forelderen, samt at det følger med forelderen ut av landet, vil inngrepet være uforholdsmessig overfor barnet. Et vedtak om utvisning vil da være ugyldig.

7.3.4 Betydningen av at familielivet ble etablert på et tidspunkt da oppholdsstatusen var usikker.

Hva angår voksne har EMD uttalt at der familielivet ble etablert på et tidspunkt da oppholdsstatusen for en av partene var usikker, vil en utvisning kun være i strid med EMK art. 8 i ekstraordinære tilfeller⁹⁹.

I saken Darren Omoregie vs. Norway var dette momentet helt avgjørende. Dommerne vurderer heller ikke situasjonen annerledes i forhold til datteren¹⁰⁰. Det synes at hensynet til at utlendinger ikke skal kunne skaffe seg barn for å få opphold var av betydning for dette. Men rekkevidden av dommen for vurderingen av dette momentet i forhold til barn er nok av mindre betydning. Dommen tok ikke for seg hensynet til «barnets beste» i BK art.3 nr.1, og det eneste moment som ble nevnt i forhold til datteren var at hun var i en tilpasningsdyktig alder¹⁰¹.

Hva angår barnas situasjon etter utl.§70 vil ikke oppholdsstatus for foreldrene ha noen særlig betydning¹⁰². Det er av lite interesse for barnets tilknytning til sine foreldre og barnets omsorgsbehov, om begge foreldrene hadde oppholdstillatelse da barnet ble født eller ikke¹⁰³.

⁹⁹ Se blant andre Nunez v. Norway avsnitt 70, Darren Omoregie and others v. Norway avsnitt 57

¹⁰⁰ Darren Omoregie and others v. Norway, avsnitt 65

¹⁰¹ Darren Omoregie and others v. Norway, avsnitt 66

¹⁰² Rt.2011 s.948, avsnitt 57

¹⁰³ Øyen (2013) s. 391

7.3.5 Utlendingen har begått svært alvorlige forbrytelser.

Hovedregelen når utlendingen har begått svært alvorlige forbrytelser er at utvisning fortsatt skal kombineres med et varig innreiseforbud¹⁰⁴.

Spørsmålet er hva som regnes som svært alvorlige forbrytelser.

Justisdepartementet ga i brev av 15.3.99¹⁰⁵ retningslinjer til UDI for utvisning av utlendinger med barn i Norge. Dette gjorde seg så utslag i endringer i uf.§14-2 fjerde ledd bokstav a-c.

Svært alvorlig kriminalitet skal etter bokstav a forstås som lovbrudd som kan medføre fengselsstraff i 6 år eller mer. I retningslinjene fra justisdepartementet¹⁰⁶ er dette nærmere definert som grove narkotikaovertridelser og grove voldshandlinger. Videre omfattes vold og overgrep mot nærmeste familiemedlemmer jf. bokstav b. I enkelte situasjoner der barnet opplever overgrep og vold fra sine nærmeste vil det også kunne være til barnets beste å skilles fra sine foreldre. I bokstav c nevnes tilfeller der utlendinger er dømt gjentatte ganger for forhold som kan medføre straff på seks måneder eller mer. Gjentatte overtridelser av norsk lov regnes som alvorlig blant annet fordi det viser en mangel på respekt for loven. Bestemmelsen er imidlertid av mer kvalifisert art ettersom det kreves en strafferamme på minimum seks måneder. Dette medfører at gjentatte mindre overtridelser ikke vil regnes som alvorlig kriminalitet.

Hovedregelen om at alvorlige forbrytelser skal medføre utvisning med varig innreiseforbud er imidlertid ikke absolutt. Også i disse tilfellene skal det foretas en forholdsmessighetsvurdering.

I forhold til barn har rettspraksis utviklet en vurderingsnorm der utvisningen vil være uforholdsmessig ved alvorlig kriminalitet, dersom den medfører «uvanlig store belastninger» for barnet.

I dommen Rt.2000 s.591 og Rt.2005 s.229 uttales følgende: «det normale vil være at en utvisning griper inn i et etablert familieliv på en belastende måte, i særdeleshet når man må legge til grunn at familien blir atskilt ved utvisningen. For at utvisningen skal fremstå som et uforholdsmessig tiltak, må det kreves uvanlig store belastninger»¹⁰⁷.

¹⁰⁴ Utlendingsdirektoratet (1999), punkt 1

¹⁰⁵ Utlendingsdirektoratet (1999), punkt 1.

¹⁰⁶ Utlendingsdirektoratet (1999), punkt 1

¹⁰⁷ Rt.2000 s.591, s.600 og Rt.2005 s.229 avsnitt 36 og 52

Problemstillingen blir da hva som skal regnes som «uvanlig store belastninger.

Norske domstoler har lagt til grunn at dersom konsekvensene for barna skal bli avgjørende, må disse belastningene være uvanlig tyngende, i forhold til hva som er normalt for barn i slike situasjoner. Selve formuleringen av vurderingstemaet viser at det er en høy terskel jf, «uvanlig». I Rt.2005 s.229 uttales det videre at en utvisning normalt vil medføre økonomiske, følelsesmessige og sosiale problemer, som lett kan medføre psykiske problemer, og at dette ikke er tilstrekkelig for å anse en utvisning som uforholdsmessig med henblikk på barna alene. Dette understøtter at det skal mye til for å karakterisere belastningene som uvanlig store.

Allikevel kom Høyesterett enstemmig til at det forelå «uvanlig store belastninger» i denne saken¹⁰⁸. Saken dreide seg om en utlending som var gift med en norsk statsborger og hadde fått tre barn med henne. Barna var på vedtakstidspunktet 2, 6 og 7 år gamle. Grunnlaget for utvisningen bestod i dokumentfalsk jf. straffeloven av 22.mai 1902 nr.10 §182 første ledd, og legemsfornærmelser under særdeles skjerpene omstendigheter mot en 5 år gammel nevø jf. strl.§228 første ledd jf. §232. For disse forholdene ble han dømt til åtte måneders ubetinget fengsel. Den øvre strafferammen i saken var fem år. Utvisningsvedtaket ble besluttet med grunnlag i dagjeldende utlendingslov §29 første ledd bokstav c, som etter den nye loven ville vært etter utl.§66 første ledd bokstav c. Innreiseforbudets varighet ble satt til 2 år. Forholdet ble ansett som alvorlig¹⁰⁹, særlig med henblikk på legemsfornærmelsen mot nevøen. Avgjørende for saken var blant annet at barna allerede var blitt utsatt for ufrivillig adskillelse og belastninger i sammenheng med foreldrenes soning. Der grunnlaget for utvisningen er straffbare handlinger som utlendingen har sonet fengselsstraff for, vil det nok ikke være uvanlig at barna er utsatt for tidligere adskillelse fra foreldrene. Men barna i denne saken hadde tatt adskillelsen svært tungt og belastningene ville forsterkes ved en ny adskillelse fra far. Dette kombinert med at morens helsetilstand skapte tvil om hennes evner til å dra omsorg for barna alene i perioden for innreiseforbudets varighet, førte til at Høyesterett under tvil fant utvisningen uforholdsmessig i forhold til barnas interesser. Det ble også tillagt noe vekt at det straffbare forhold hadde karakter av et engangstilfelle og at det ikke forelå gjentakelsesfare, ettersom nevøen var sendt tilbake til sine foreldre.

I dette tilfellet var innreiseforbudet satt til to år, hvilket som hovedregel skal være minimum etter den nye utlendingsloven. Dette kunne ikke oppveie de belastninger barna i denne saken ville bli utsatt for.

¹⁰⁸ Rt.2005 s.229

¹⁰⁹ Rt.2005 s.229, avsnitt 55

Videre vil også visse overtredelser av utlendingsloven alene ansees som svært alvorlige forbrytelser, se delkapittel 6.3.8.

Dette var tilfellet i Rt.2009 s.534. Saksforholdet er gjengitt i avsnitt 6.3.8. Etter å ha kommet til at overtredelsene av utlendingsloven var meget alvorlige, fant førstvoterende at tilsvarende vurderingsnorm som ved alvorlig kriminalitet skulle benyttes i forholdsmessighetsvurderingen overfor barna¹¹⁰. Spørsmålet ble følgelig om barna ved en utvisning ville bli utsatt for uvanlig store belastninger. Flertallet bestående av tre dommere, fant under henvisning til innreiseforbudets varighet, mulighetene for besøk og opprettholdelse av kontakten på andre måter, samt at far var en egnet omsorgsperson, at barna ved en utvisning ville være i en normalsituasjon i slike saker, og at en utvisning derfor var forholdsmessig¹¹¹.

7.3.6 Innreiseforbudets varighet

Et viktig moment i alle tilfeller er varigheten av innreiseforbudet. Dette avgjør hvor lenge barna vil være forhindret fra å ha sin forelder sammen med seg i Norge, eller hvor lenge de må være utenfor Norge.

Lovgiver har på dette området gitt noen særlige regler av hensyn til barna.

Hovedregelen er som nevnt at utlendinger med barn i Norge ikke skal utvises med varig innreiseforbud jf. uf.§14-2 tredje ledd.

Heller ikke skal utvisning med grunnlag i utl.§66 første ledd bokstav a, d og annet ledd, som hovedregel medføre innreiseforbud med varighet utover 2 år. Dette omfatter blant annet tilfeller av grove overtredelser av utlendingsloven, unndragelse av gjennomføring og oppgivelse av uriktige opplysninger¹¹².

7.3.7 Ulovlig arbeid og opphold av under to års varighet

Når det gjelder utl. §66 om utvisning på grunn av ulovlig opphold eller arbeid i Norge, finnes en hovedregel i uf. §14-1 første ledd. Utgangspunktet er at en utlendig som har oppholdt seg, eller arbeidet ulovlig i Norge, i mindre enn to år, som hovedregel, ikke skal utvises dersom utlendingen har barn i Norge. Hensynet bak bestemmelsen er gjerne at barnets beste i slike

¹¹⁰ Rt.2009 s.534, avsnitt 65

¹¹¹ Rt.2009 s.534, avsnitt 77

¹¹²Mer utfyllende i delkapittel 5.4

saker bør veie tyngre enn innvandringsregulerende og allmennpreventive hensyn. Denne hovedregelen modifiseres av at tre vilkår må være oppfylt.

Det første vilkåret fremgår av uf. §14-1 bokstav a. Utlendingen må enten ha bodd fast sammen med barnet, eller ha utøvet samvær av et visst omfang med barnet. Spørsmålet blir da hva som kreves av omfang. For å svare på dette vises det til uf. §9-3 annet og tredje ledd. §9-3 annet ledd angir hovedregelen som sier at samvær av et visst omfang tilsvarer en ettermiddag hver uke, annenhver helg og fjorten dager i sommerferien, samt juleferien eller påskeferien. I § 9-3 tredje ledd er det oppstilt en skjønnsmessig unntaksregel for de tilfeller der hovedregelen om samvær ikke er tilfredsstillt.

Det andre vilkåret er at utlendingen skal bo fast sammen med barnet. Det å bo «fast sammen med barnet» betyr at barnet skal ha sitt primære bosted hos utlendingen. Dette vilkåret går altså lenger enn bokstav a. Der var det nok at utlendingen hadde hatt samvær av et visst omfang, mens etter bokstav b, kreves det at utlendingen faktisk skal bo sammen med barnet. Det er altså ikke nok for å oppfylle vilkåret at planen er å fortsette det faste samværet. Dette vilkåret er altså framtidsrettet, hvor bokstav a retter seg mot situasjonen som har vært. Grunnen til dette kan være at utlendingen må ha et visst forhold til barnet for at det skal være i «barnets beste» at utlendingen allikevel får bli i landet.

Det tredje og siste vilkåret er at utlendingen oppfyller vilkårene for familiejenforening med «norsk» barn jf. utl.§44, eller at barnets andre forelder er referansepersone og utlendingen oppfyller vilkårene for rett til oppholdstillatelse som den andre forelders ektefelle eller samboer jf. utl.§ 40 og 41.

Ved ulovlig opphold og arbeid av en varighet på under to år har altså lovgiver gitt uttrykk for at det under visse omstendigheter vil være et uforholdsmessig tiltak å utvise utlendingen.

I uf. §14-1 annet ledd slås det fast at dersom utlendingen ikke oppfyller kravene om samvær eller fast bosted etter bokstav a, kan det legges vekt på dette i forholdsmessighetsvurderingen.

Oppbygningen av denne bestemmelsen hentyder at dersom vilkårene etter første ledd er oppfylt, er det ikke nødvendig å foreta forholdsmessighetsvurderingen i tillegg. Dette er imidlertid i konflikt med det andre unntaket etter tredje ledd, som sier at hovedregelen ikke kommer til anvendelse der det ikke er «uforholdsmessig» å anta at familielivet kan fortsette i et annet land. Konklusjonen blir nok en mellomløsning. Barnas interesser og behov skal ikke vurderes, dette har lovgiver allerede gjort ved utformingen av bestemmelsen. Men man kan foreta en snevrere forholdsmessighetsvurdering der man kun ser på om det vil være uforholdsmessig å forvente at familielivet fortsetter utenlands.

Ordlyden etter hovedregelen snakker kun om ulovlig opphold og arbeid. Den blir ikke gjeldende der utlendingen i tillegg har begått andre lovbrudd eller overtredelser. Den tar altså ikke med andre momenter som også regnes for alvorlige brudd på utlendingslovgivningen. I Rt.2011 s.948 ble det påpekt at selv om man er over grensene for anvendelsen av uf.§14-1 innebærer ikke det automatisk at en utvisning vil være forholdsmessig.

I uf. §14-1 tredje ledd er det oppstilt to unntak fra hovedregelen.

Det første unntaket står i uf. §14-1 tredje ledd bokstav a. Det går ut på at hovedregelen ikke gjøres gjeldende dersom søkeren ikke har oppfylt sin plikt til å forlate riket etter avslag på søknad etter utl. §56 sjette ledd, når avslaget ble fattet etter at utlendingen fikk barn her.

Det andre unntaket er et konkret moment i forholdsmessighetsvurderingen. Det sier at hovedregelen ikke kommer til anvendelse dersom det ikke er uforholdsmessig å anta at familielivet kan fortsette i et annet land enn Norge jf. uf. §14-1 tredje ledd bokstav b. I vedlegg til rundskriv fra departementet¹¹³ er det gitt noen retningslinjer for hvilke tilfeller som er mest aktuelle. Dette vil være saker der en familie med barn har oppholdt seg i Norge kun en kort periode. De har da som oftest som følge av sitt korte opphold en svak tilknytning til Norge, og sterk tilknytning til opprinnelseslandet.

For videre drøftelsen av denne muligheten for å fortsette familielivet i et annet land, se delkappittel 7.5.2.1.

Rt.2011 s.948, Kashtanjeva

Det var særlig med denne dommen at barnets beste fikk større gjennomslagskraft overfor mindre alvorlige overtredelser av utlendingsloven. Særlig vilkåret om «uvanlig store belastninger» ble modifisert¹¹⁴.

Saken gjaldt et utvisningsvedtak fattet med grunnlag i en kvinnes overtredelser av utlendingsloven. Hun hadde ved første tilfelle oppholdt seg ulovlig i Norge i ti måneder. Dette til tross for at hun hadde fått pålegg om å reise ut. Hun kom også til Norge uten visum, søkte om asyl først etter syv ukers opphold, og etter endelig avslag på asylsøknaden arbeidet hun ulovlig i

¹¹³ Rundskriv A-63/09 vedlegg 14, 21.12.2009, s.3

¹¹⁴ Rt.2011 s.948, avsnitt 34 og 35

ett år. Kvinnen ble som følge av dette besluttet utvist med et innreiseforbud på to år. Det avgjørende spørsmålet i saken var om det var tatt tilstrekkelig hensyn til kvinnens to barn.

Førstvoterende fastslo i avsnitt 35 at barnas interesser kan få gjennomslagskraft der de objektive vilkårene for utvisning er oppfylt, og at dette gjelder tilsvarende selv om det ikke er snakk om uvanlig store belastninger for barna. Dette vil ha enda større betydning der utlendingen har utvist en mindre grad av skyld ved sine overtredelser.

Sentralt for utfallet av dommen var endringene i uf.§14-1. Førstvoterende viser særskilt til denne endringen, og slår fast at kvinnens overtredelser i all hovedsak ville falt inn under denne bestemmelsen hadde den trådt i kraft tidligere. Følgen av det ville vært at hun ikke ville blitt utvist. Dommeren påpeker også at det ikke stilles noen krav til vurderinger av barnas interesser. Det ville da være dårlig sammenheng i regelverket om det skulle kreves uvanlig store belastninger for barna i den aktuelle saken.

Konklusjonen på spørsmålet formuleres slik i avsnitt 39: «Jeg er på denne bakgrunn, som mindretallet i lagmannsretten, kommet til at det ikke nødvendigvis er et vilkår at barna vil bli utsatt for «uvanlig store belastninger», og at det særlig vil være aktuelt å gi fortrinn til barnas interesser ved relativt sett mindre alvorlige overtredelser av utlendingsloven som i mindre grad rammer de kontrollhensyn loven skal ivareta».

Dommerne la vekt på at barna var små, at mor var den som var ansett for å være hovedomsorgsgiver ut fra arbeidsfordelingen i hjemmet, og at barna hadde en sterk interesse i å få fortsette å vokse opp med sin hovedomsorgsperson¹¹⁵.

7.4 Skjerpet minste inngreps prinsipp

I saker som angår barn, er det anført i litteraturen at det eksisterer et skjerpet minste inngreps prinsipp¹¹⁶. Med dette menes at dersom det finnes alternativer som ikke i like stor grad tilfredsstillende formålet og hensikten med reaksjonen som en utvisning, men som allikevel kan være tilfredsstillende, skal dette alternativet velges av hensyn til barna, jf. barnets beste. Eksempler på dette er blant annet utgangspunktene om at utlendinger med barn ikke skal utvises med varig innreiseforbud, at utvisningens varighet kan være kortere der utlendingen har barn, og reglene i uf.§14-1 om at ulovlig opphold og arbeid i inntil 2 år ikke skal føre til utvisning der utlendingen har barn i Norge. Man kan se at utvisningen blir moderert på flere måter der den utviste har barn. Allikevel er det i hovedsak utvisning som benyttes. At denne tanken kan

¹¹⁵ Rt.2011 s.948, avsnitt 63

¹¹⁶ Øyen (2013) s. 396

ligge bak disse forskjellene i saker som inkluderer barn er nok trolig. Men i den rettspraksis som har blitt gjennomgått i forbindelse med denne oppgaven har jeg ikke funnet noe som tyder på at dette er et uttalt prinsipp i praksis.

8 Særlige prosessuelle rettigheter for barn i utvisningssaken

I dette kapitlet vil jeg ta for meg noen problemstillinger angående saksbehandling i utvisningssaker som er særlig knyttet til barn.

Utlendingslovens regler om saksbehandlingen suppleres av forvaltningsloven jf. utl.§80.

8.1 Retten til å være part

Å være part i en sak medfører en del rettigheter som ikke tilkommer utenforstående. En viktig problemstilling er derfor hvem som regnes som part. Spørsmålet her omhandler om utlendings barn har rett til å være part i en sak angående utvisning av en forelder.

Utlendingsloven har ingen bestemmelser om hvem som er part i saker etter loven.

Utgangspunktet blir derfor fvl.§2 første ledd bokstav e. Her defineres part som «den person en avgjørelse retter seg mot, eller som saken ellers direkte gjelder».

At den som vurderes utvist selv vil være part er ikke tvilsomt. Dette vil være den person som avgjørelsen «retter seg mot». Barn vil ikke omfattes av dette alternativet, da vedtaket ikke omhandler utvisning av barnet personlig.

Spørsmålet blir da om barn påvirkes på en slik måte av utvisningsvedtaket at de må omfattes som en person saken «ellers direkte gjelder».

Dette spørsmålet har tidligere vært tvilsomt. Nære familiemedlemmer og særlig barna vil i stor grad bli påvirket ved utvisning av en omsorgsperson. Det ble allikevel i forbindelse med utarbeidelsen av utlendingsforskriften fastslått av justisdepartementet at bare den som søker, eller den som et vedtak retter seg mot, skulle ha partsrettigheter i forvaltningslovens forstand. Barn og andre nærstående skulle imidlertid ha rettslig klageinteresse¹¹⁷.

¹¹⁷ Vevstad (2010) s.485

Spørsmålet kom opp i Rt.2015 s.93¹¹⁸. Den ankende part anførte at hennes fem år gamle datter skulle vært gjort til part i saken om utvisning av moren, og at det var en saksbehandlingsfeil som måtte føre til ugyldighet at dette ikke var gjort.

Førstvoterende slår først fast at utvisningsvedtaket vil gripe inn i datterens familieliv med moren, og at det vil ha grunnleggende betydning for datterens oppvekst og fremtid. Førstvoterende konstaterer så at dette er en situasjon som faller inn under ordlyden i fvl.§2 første ledd bokstav e, den «som saken ellers direkte gjelder».

Deretter viser førstvoterende til forarbeidene, som også uttrykker tvil om partsspørsmålet for nære familiemedlemmer. Grunnen som gis for dette er at det finnes en fast tradisjon for å ikke tilegne nærstående partsrettigheter i saker av personlig art, samt utlendingsmyndighetenes praksis på området.

Førstvoterende tok for seg argumentet om at vedtaket er av «personlig art» i vurderingen av spørsmålet om datteren hadde rettslig klageinteresse¹¹⁹. For dette spørsmålet ble konklusjonen at datterens søksmål ikke kunne avvises med den begrunnelse at vedtaket var av «personlig art». Førstvoterende fremhevet at der det er fare for en splittelse av familien vil vedtaket ikke kun gjelde den utviste. De samme synspunkter må kunne legges til grunn for vurderingen av partsrettighetene.

Videre viser førstvoterende til juridisk litteratur der det samme poeng fremheves¹²⁰. Retten til familieliv er en rettighet som ikke kun gjelder den utviste. Utdraget peker også på at ved en utvisning må beslutningstaker også vurdere om vedtaket er forholdsmessig overfor nærmeste familie. Dette viser at familiens situasjon er direkte tema i vurderingen av om utvisning bør finne sted, og at dette også taler for å gi familiemedlemmene partsrettigheter.

Førstvoterende konkluderer så med at det var en saksbehandlingsfeil at datteren ikke var gjort til part allerede i forvaltningssaken. Selv om dommeren lar konklusjonen om feilen medføre at vedtaket var ugyldig jf. fvl.§41 stå åpen, slås det klart fast at det var en saksbehandlingsfeil¹²¹.

Spørsmålet om barn skal ha partsrettigheter i saker angående utvisning av en omsorgsperson må sannsynligvis etter dette besvares bekreftende. Dette står i kontrast til praksis i både UDI

¹¹⁸ Rt.2015 s.93, avsnitt 44-48

¹¹⁹ Rt.2015 s.93 avsnitt 38

¹²⁰ Rt.2015 s.93 avsnitt 46

¹²¹ Rt.2015 s.93 avsnitt 47

og UNE. Det er imidlertid ikke sikkert at dette vil gjelde for alle barn i utvisningssaker. Datteren i Rt.2015 s.93 var i en spesiell situasjon. Det var ingen andre som kunne dra omsorg for henne i Norge, og hun var derfor tvunget til å bli med moren til en betraktelig mer usikker fremtid. Allikevel tyder den generelle argumentasjonen til førstvoterende, særlig med henvisning til den juridiske litteratur, at barn skal ha partsrettigheter.

8.2 Retten til å bli hørt

Retten til å bli hørt fremgår av BK art.12. Denne rettigheten er helt sentral for at «barnets beste» standarden skal få det innhold den er ment å ha. FNs barnekomite påpeker dette ved å si: «Artikkel 3, paragraf 1 kan ikke anvendes riktig dersom kravene i artikkel 12 ikke er oppfylt»¹²².

For saker etter utlendingsloven fremgår retten til å bli hørt av uf.§17-3. Rettigheten innebærer at barn over 7 år skal få informasjon og mulighet til å uttrykke sitt syn på saker som berører det, jf. uf. §17-3 første ledd. Yngre barn skal også få denne muligheten når de er i stand til å danne egne meninger. Barnets mening skal tillegges vekt ved avgjørelsen. Hvor stor vekt barnets mening skal ha, kommer an på barnets alder og modenhet jf. uf.§17-3 tredje ledd. Det er imidlertid snakk om en rettighet barnet har, og barnet kan velge å la være å uttale seg.

8.3 Forvaltningens utredningsplikt

Etter fvl.§17 stilles det krav om at forvaltningen skal sørge for at saken er så godt opplyst som mulig, før det treffes avgjørelse. Dette kravet har sammenheng med barnets rett til å bli hørt.

I tillegg til barnets egen mening er det nødvendig med informasjon om blant annet negative konsekvenser vedtaket vil medføre. Man må da identifisere hvert enkelt barns behov. Dette kan gjøres for eksempel ved bruk av sakkyndige, rapporter om virkninger, og hva som generelt regnes å være bra for barn.

9 Utvisning av enslige mindreårige

En problemstilling som skiller seg litt fra det forutgående, er hvordan man skal forholde seg til en utvisning av en enslig mindreårig.

¹²² FNs barnekomite generell kommentar nr.14 (2013d), s.10

Det klare utgangspunkt er at også mindreårige kan utvises¹²³. Det skal i disse tilfellene foretas en selvstendig vurdering av vilkårene for utvisning som er gjennomgått tidligere i denne oppgaven.

Departementet har i et rundskriv gitt nærmere retningslinjer til UDI om utvisning av enslige utlendinger under 18 år¹²⁴. Disse retningslinjene er bindene for UDI sin praksis, men ikke for domstolene. Det har imidlertid betydning at det ut fra slike retningslinjer dannes en fast praksis som følges i forvaltningen, og kan også ha betydning for likebehandling.

Utgangspunktet i praksis er at utlendinger som kom til Norge i ung alder/som barn, og som senere har begått kriminelle handlinger her, ikke skal utvises¹²⁵. Bakgrunnen for dette er blant annet et synspunkt om at Norge selv må ta ansvar for de individer som har utviklet kriminell atferd under sin oppvekst her¹²⁶.

Allikevel er verken barn, eller utlendinger som kom til Norge som barn, absolutt vernet mot utvisning¹²⁷. Grunnen til dette er for å holde muligheten åpen i ekstraordinære tilfeller, som der det er utøvet svært alvorlig kriminalitet, eller trusler mot samfunnet. Videre nevnes som eksempel ungdom rundt 17 år, som begår innbrudd mens de er på ferie med visum¹²⁸.

UNE har i sin praksisbase kun fire tilfeller siden 2010¹²⁹ som omhandler utvisning av utlendinger som kom til Norge som barn. Ingen tilfeller er funnet der enslige mindreårige barn har blitt utvist, altså utlendinger under 18 år. Praksis er nok heller at man venter til de fyller 18, og så utviser dersom det fortsatt anses nødvendig.

Et tilfelle finnes i Rt.2005 s. 238. Mannen hadde kommet til Norge som kvoteflyktning da han var 12 år gammel. Førstvoterende la stor vekt på mannens unge alder ved ankomst og at han senere hadde bodd i Norge. Vårt ansvar for mennesker som har utviklet kriminell adferd under sin oppvekst her, ble særlig fremhevet. Også mannens lange botid, at han hadde gått på skole og snakket norsk ble vektlagt. Førstvoterende var del i mindretallet på to dommere, men flertallet sluttet seg til vurderingen på disse punktene. Uenigheten omhandlet vurderingen av forholdets alvor. Mannen var først dømt for to tilfeller av knivstikking og slag i hodet med en

¹²³ Ot.prp. nr.75 (2006-2007) s. 293

¹²⁴ Utlendingsdirektoratet (2012) punkt 7

¹²⁵ Ot.prp. nr.75 (2006-2007) s. 293

¹²⁶ Ot.prp. nr.75 (2006-2007) s. 293

¹²⁷ Ot.prp punkt 15.6.4 s. 294

¹²⁸ Ot.prp punkt 15.6.4 s. 294

¹²⁹ Utlendingsnemnda (2010-2014)

jernstang. To år etter ble han igjen dømt for medvirkning til fire voldsforbrytelser, der en person døde som følge av skadene. I tiden etter fikk han også forelegg for mindre alvorlige forhold, blant annet besittelse av narkotika og kjøring uten førerkort. Flertallet fant at grovhetene av voldsforbrytelsene var av en slik karakter at en utvisning ble forholdsmessig, til tross for hans tilknytning og unge ankomstalter. Det ble også vist til at de senere foreleggene viste at mannen enda ikke var ferdig med sitt kriminelle liv, og at det igjen hadde vært narkotika med i bildet.

Dommen viser at det skal mye til før samfunnets behov overveier hensynet til individet i slike tilfeller. Dommen ble også avsagt under dissens 3-2 i Høyesterett. Det ble også uttrykt stor tvil blant dommerne. Ser man på de øvrige instansene fant tingretten at utvisningen var forholdsmessig, mens lagmannsretten kom til det motsatte. Det er ikke sikkert at resultatet ville blitt det samme i dag, ti år etter, eller med andre dommere.

10 Oppsummering

Avslutningsvis vil jeg nå vurdere om barnets beste ivaretas godt nok etter de reglene vi har i dag.

Det er mange delte meninger på dette området, og det er vanskelig å trekke noen bestemte konklusjoner. Det vi har sett er allikevel at barnets interesser har fått økende betydning og gjennomslagskraft overfor andre hensyn, sammenlignet med tidligere.

Begrunnelsen for ikke å vedta tilleggsprotokoll til barnekonvensjonen med individklagerett er nettopp at norske regler ivaretar barnas interesser tilstrekkelig godt¹³⁰. På det formelle plan vil barn etter norsk rett ha selvstendig rettslig klageinteresse i utvisningssaker for brudd på deres rett til familie- og privatliv. De vil også ha rett til å være part allerede på det forvaltningsmessige planet, jf. Maria-saken. EMD vurderer også hyppig barnas interesser, men domstolen har ikke ansvar for tolkning av barnekonvensjonen. Det finnes i den sammenheng eksempler der barnas interesser bare såvidt nevnes, for eksempel i saken *Darren Omoregie and others vs. Norway*. Fordeler ved å innføre barnekonvensjonens tilleggsprotokoll om individklagerett for barn vil være at jo flere saker domstolen får til behandling, jo lettere vil det være å få utpenslet hva som konkret ligger i kravene den stiller.

Videre er hensynet til barnets beste blitt satt mer i fokus i norsk rett. Dette vises blant annet gjennom grunnlovsendringen i 2014 med den nye grl.§104. Det vises også i tillegget til

¹³⁰ Innst. 186 S (2013-2014) s. 29

utl.§70 om at barnets beste skal tas med i vurderingen, hvilket ikke var nevnt i den tilsvarende bestemmelsen etter 1988-loven.

Det er ikke bare synliggjøring som har blitt bedre de senere årene. Vi har også fått nye forskriftsbestemmelser i blant annet uf.§14-1 og uf.§14-2 som viser at innvandringsregulerende hensyn i økende grad må vike for barnas interesser. Det har også vært en oppmykning i praksis angående hvilken terskel barn må over for at deres interesser skal veie tyngst. Barn trenger ikke lenger å vise til «uvanlig store belastninger» unntatt i saker av alvorlig kriminalitet. Deres interesser og behov skal vurderes og vektlegges uansett.

En mulighet for å bedre barnas situasjon ved en utvisning, kan være at man blir mer fleksibel når det gjelder dispensasjonsadgangen. Etter utl.§71 annet ledd siste setning kan en utvist under særskilte omstendigheter få adgang til riket for kortere perioder, selv om innreiseforbudet ikke oppheves. Særlig i de tilfellene der det er besluttet en tidsbestemt utvisning på to eller fem år vil dette kunne være aktuelt. Om man i utvisningsvedtaket samtidig kunne beslutte at utlendingen ville få tillatelse til å komme på besøk til barna et bestemt antall ganger på en bestemt varighet, ville dette bidra til å opprettholde familielivet og kontakten med barnet samtidig som utlendingslovens regler overholdes.

En uunngåelig ulempe med regelverket er at uansett hvordan man ser på det, er det uskyldige tredjeparter, barn, som risikerer å måtte tåle konsekvenser for lovbrudd begått av voksne. Å ha en individuell klagerett for et internasjonalt organ som kun forvalter reglene i barnekonvensjonen vil kunne være betryggende i så henseende, og det må etter min mening være en mangel ved det norske systemet at dette ikke er vedtatt.

Når det gjelder spørsmålet om en utvisning av foreldrene også innebærer en utvisning av barna må dette besvares benektende. I formell forstand er dette nå bekreftet av dommerne i Rt.2015 s.93. I faktisk henseende er det klart at barn i en del tilfeller blir satt i en faktisk tvangssituasjon som innebærer at de må følge med foreldrene ut. Dette skjer imidlertid ikke dersom det vurderes å være uforholdsmessig i forhold til barna at de må reise til et annet land til tross for sin tilknytning til Norge. Der det finnes andre omsorgsalternativer i Norge, vil barnet uansett kunne bli værende. Det er følgelig ingen automatikk i at en utvisning av forelderen medfører en utvisning av barnet.

Om barn bør være absolutt vernet mot utvisning var oppe i forbindelse med utarbeidelse av den nye loven. Å gi et absolutt vern mot utvisning som inkluderer tilfeller som danner et faktisk tvangsgrunnlag for barnet ville bli særdeles utfordrede. De innvandringsregulerende og allmennpreventive hensynene taler her med styrke for å unngå å sende signaler om at det eneste man trenger å gjøre for å unngå en utvisning er å få barn i Norge. Når det gjelder ensli-

ge mindreårige synes dette å være mindre betenkelig. Dette vises blant annet ved at det ikke finnes tilfeller der dette er gjort i praksis.

11 Litteraturliste

11.1 Lover og forarbeider

Lover og konvensjoner:

- 1814 - Kongeriget Norges Grundlov av 17. mai 1814 (Grunnloven).
- 1967 - Lov 10. februar 1967 om behandlingsmåten i forvaltningssaker (forvaltningsloven).
- 1999 - Lov 16. juli 1999 nr.66 om Schengen informasjonssystem (SIS-loven).
- 1999 - Lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven).
- 2005 - Lov 10. juni 2005 nr. 51 om norsk statsborgerskap (statsborgerloven).
- 2008 - Lov 15. mai 2008 nr. 35 om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsloven).
- 2009 - Forskrift 15. oktober 2009 nr.1286 om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsforskriften).
- 2010 - Lov 26. mars 2010 nr.9 om vergemål (vergemålsloven).

Barnekonvensjonen - FNs konvensjon om barnets rettigheter, 1989

EMK - Den europeiske menneskerettighetskonvensjon, Roma 1950.

Forarbeider:

Ot.prp.nr.75 (2006-2007) - Om lov om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsloven)

NOU 2004:20 Ny utlendingslov

Innst. 186 S (2013-2014) - Innstilling fra kontroll- og konstitusjonskomiteen om grunnlovsforslag fra Per-Kristian Foss, Martin Kolberg, Marit Nybakk, Jette F. Christensen, Anders Anundsen, Hallgeir H Langeland, Per Olaf Lundteigen, Geir Jørgen Bekkevold og Trine Skei Grande om grunnlovfesting av sivile og politiske menneskerettigheter, med unntak av romertall X og romertall XXIV

11.2 Rettspraksis

Høyesterettspraksis:

Rt.2015 s.93 (Maria)
Rt.2000 s.591
Rt.2005 s.229
Rt.2011 s.948 (Kashtanjeva)
Rt.2005 s.238
Rt.2009 s.534
Rt.2013 s.449
Rt.2008 s.560
Rt.2010 s.1430

Internasjonale avgjørelser:

Case of Boultif v. Switzerland	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 2. august 2001.
Case of Darren Omoregie and others v. Norway	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 31. juli 2008.
Case of Antwi and others v. Norway	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 14. februar 2012.
Case of Nunez v. Norway	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 28. juni 2011.
Case of Butt v. Norway	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 04. desember 2012.
Case of Kaplan and others v. Norway	The European Court of Human Rights, Strasbourg, 24.juli 2014.

11.3 Litteratur

Øyen, Øyvind Dybvik, "Lærebok i utlendingsrett", Øyvind Dybvik Øyen (red), 1.utgave, 2013, s.171-173, s.357-400.

Vevstad, Vigdis. «Utlendingsloven kommentarutgave», Vigdis Vevstad (red), 1.utgave, 2010, s. 408-417, s. 422-456.

Høstmølingen, Njål, Elin Saga Kjørholt, Kirsten Sandberg (red), «Barnekonvensjonen barns rettigheter i Norge», 2.utgave, 2012 s.51-73, s. 282-310

11.4 Andre kilder

Utlendingsdirektoratet, Utvisningsvedtak etter statsborgerskap og grunnlag (2014), <http://www.udi.no/statistikk-og-analyse/statistikk/utvisningsvedtak-etter-statsborgerskap-og-grunnlag-2014/>, [sitert 22.04.2015].

Utlendingsdirektoratet, Utvisning av utlendinger med barn i Norge (1999), Brev fra Justisdepartementet av 15.3.1999, <https://www.udiregelverk.no/no/arkiv/udi-interne-meldinger/im-1999-036/>, [sitert 22.04.2015].

Utlendingsdirektoratet, Behandling av asylsaker fra enslige mindreårige søkere – særlig om aldersvurdering (2012), PN 2012-011, 17.10.2012, https://www.udiregelverk.no/no/rettskilder/udi-praksisnotater/pn-2012-011/#_Toc337799147, [sitert 22.04.2015].

Barneombudet, Barn med utviste foreldre (2011), http://barneombudet.no/wp-content/uploads/2013/09/bo_barn_med_utviste_foreldre_es.pdf, [sitert 22.04.2015].

a-FNs barnekomite, generell kommentar nr.14, Barnets rett til at hans eller hennes beste skal være et grunnleggende hensyn, (CRC/C/GC/14), 29.mai 2013, https://www.regjeringen.no/contentassets/1376fac2fe2a427389f9f94b52acdefc/crc_c_gc_14_eng_nor.pdf, [sitert 22.04.2015].

b- FNs barnekomite, generell kommentar nr.14, Barnets rett til at hans eller hennes beste skal være et grunnleggende hensyn, (CRC/C/GC/14), 29.mai 2013, https://www.regjeringen.no/contentassets/1376fac2fe2a427389f9f94b52acdefc/crc_c_gc_14_eng_nor.pdf, [sitert 22.04.2015].

c- FNs barnekomite, generell kommentar nr.14, Barnets rett til at hans eller hennes beste skal være et grunnleggende hensyn, (CRC/C/GC/14), 29.mai 2013, https://www.regjeringen.no/contentassets/1376fac2fe2a427389f9f94b52acdefc/crc_c_gc_14_eng_nor.pdf, [sitert 22.04.2015].

d- FNs barnekomite, generell kommentar nr.14, Barnets rett til at hans eller hennes beste skal være et grunnleggende hensyn, (CRC/C/GC/14), 29.mai 2013,

https://www.regjeringen.no/contentassets/1376fac2fe2a427389f9f94b52acdefc/crc_c_gc_14_eng_nor.pdf, [sitert 22.04.2015].

FNs barnekomite, generell kommentar nr.7, Gjennomføring av barnets rettigheter i tidlig barndom, (CRC/C/GC/7/Rev.1), 12-30.september 2005,
<https://www.regjeringen.no/globalassets/upload/bld/barnets-rettigheter/generell-kommentar-7.pdf>, [sitert 22.04.2015].

Rundskriv fra Justis- og beredskapsdepartementet GI-02/2014, 12.03.2014 (2014), Instruks om behandling av saker om utenrikspolitiske hensyn og grunnleggende nasjonale interesser etter utlendingsloven kapittel 14.
<https://www.regjeringen.no/nb/dokumenter/GI-022014--Instruks-om-behandling-av-saker-om-utenrikspolitiske-hensyn-og-grunnleggende-nasjonale-interesser-etter-utlendingsloven-kapittel-14/id753049/>, [sitert 22.04.2015].

Rundskriv fra Utlendingsdirektoratet RS 2010-024, 01.01.2010 (2010), Utvisning etter utlendingsloven §§66, 67 og 68 – brudd på utlendingsloven og/eller straffbare forhold,
<https://www.udiregelverk.no/no/rettskilder/udi-rundskriv/rs-2010-024/>, [sitert 22.04.2015].

b- Rundskriv fra Utlendingsdirektoratet RS 2010-069, 05.07.2010 (2010), Opphevelse av innreiseforbudet eller adgang til Norge for kortvarig besøk uten at innreiseforbudet oppheves - utlendingsloven §§71 annet ledd og 124 annet ledd,
https://www.udiregelverk.no/no/rettskilder/udi-rundskriv/rs-2010-069/#_Toc266096492, [sitert 22.04.2015].

Rundskriv fra Arbeids- og sosialdepartementet A-63/09, Rundskriv om ikrafttredelse av ny utlendingslov og ny utlendingsforskrift fra 1. januar 2010, vedlegg 14, Utvisning, 21.12.2009,
<https://www.regjeringen.no/nb/dokumenter/a-6309--rundskriv-om-ikrafttredelse-av-2/id589439/> ,
<https://www.regjeringen.no/contentassets/291203ab61134f17bf22bef8586ede70/vedlegg14.pdf>, [sitert 22.04.2015].

Utlendingsnemnda, søk i praksisbase, valgt avgjørelsesform: Alle, land: Alle, resultat: Alle, sakstype: Utvisning, stikkord: Mindreårig, (2010-2014),
<http://praksis.une.no/CES5/?sk=NyLov#3||2044851847!2!0!120!1!advddls\%40Sakstype!0!%40Sakstype!Utvisning!%3D%3D!advddls\%40Stikkord!0!%40Stikkord!mindre%C3%A5rig!%3D!!!!0!lct104%24ctl00%24rs%24ctl03%24minl0!0!0!-1!lct104%24ctl00%24rs!0!0!0!-1!!>